



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

---

Facoltà di Giurisprudenza  
Dottorato di Ricerca in Diritto Privato Generale  
A.A. 2006-2007 - XXI Ciclo

# La compensazione nel fallimento

Settore scientifico: IUS/01

Tesi di: Dott.ssa Donatella Di Nicola

---

Tutor: Prof. Luca Nivarra

---

Coordinatore: Prof. Armando Plaia

---

# INDICE

## CAPITOLO I

### La compensazione. Presupposti e requisiti di applicabilità

1.	Le origini	pag	3
2.	Nozione e natura giuridica	pag	5
3.	Ambito applicativo	pag	8
4.	Effetti della compensazione	pag	12
5.	Prescrizione e compensazione	pag	16
6.	La compensazione legale: requisiti	pag	17
7.	La compensazione giudiziale	pag	22
8.	La compensazione volontaria	pag	30
9.	Il divieto di rilevabilità ex officio	pag	36
10.	Casi in cui la compensazione non si verifica	pag	40
11.	La compensazione nel procedimento di esecuzione forzata	pag	43

## Capitolo II

### Compensazione nel fallimento

1.	Art. 56 l. fall. La ratio	pag	46
2.	Ambito di applicabilità della norma	pag	50
3.	I crediti della massa	pag	54
4.	Presupposti e requisiti	pag	56
5.	L'anteriorità al fallimento del momento genetico	pag	58
6.	Esigibilità	pag	61
7.	La compensazione giudiziale	pag	67
8.	Art. 56, co. 2	pag	72
9.	<i>Segue.</i> Crediti scaduti oggetto di cessione successivamente al fallimento	pag	82
10.	Casistica e applicabilità della compensazione	pag	87

## Capitolo III

### Aspetti procedurali

1.	Legittimazione attiva e tempi per opporre la compensazione	pag	99
2.	Preclusioni	pag	106

## *Premessa*

Il presente studio nasce dall'approfondimento della materia delle obbligazioni, con particolare riguardo - tra i modi di estinzione diversi dall'adempimento - alla compensazione.

In particolare, l'attenzione si è focalizzata sull'operatività dell'istituto in parola nell'ambito della disciplina fallimentare - anche alla luce della recente riforma - ed ha dato luogo ad una ricerca di contributi giurisprudenziali e dottrinali in ordine all'art. 56 l. fall., norma che prevede e disciplina espressamente la compensazione nel fallimento.

Pertanto, lo studio che in questa sede si presenta, nella prima parte è volto ad effettuare una ricognizione dei tratti salienti dell'istituto, ripercorrendone le origini, e tenendo conto della *ratio* di particolare attualità che lo anima. Si è altresì proceduto ad un'attenta disamina dei presupposti e dei requisiti che ne consentono l'operatività nelle diverse fattispecie previste dal codice civile, non trascurando gli aspetti che, nella fase applicativa, hanno suscitato maggiori spunti di riflessione in dottrina e contrasti in giurisprudenza.

La seconda parte della ricerca, ha avuto ad oggetto un'accurata esegesi dell'art. 56 l.fall., che ha comportato un approfondimento degli aspetti più critici e dibattuti della materia, atteso che la norma speciale in questione è piuttosto stringata ed ha offerto il fianco a diverse interpretazioni più o meno estensive, cui hanno fatto seguito ovvie sensibili ripercussioni sul piano applicativo.

Infine, si è compiuta una disamina della casistica registrata dalla giurisprudenza in materia, dando atto delle problematiche sorte, e

procedendo all'analisi delle argomentazioni addotte al fine della risoluzione dei singoli casi concreti, nonché degli aspetti processuali e procedurali che, soprattutto la recente giurisprudenza in materia fallimentare, ha avuto modo di chiarire.

## CAPITOLO I

### La compensazione. Presupposti e requisiti di applicabilità

#### § 1. Le origini

La compensazione è uno dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, in particolare, uno dei modi satisfattori.

Per compiere un corretto inquadramento dell'istituto in questione, disciplinato oggi positivamente nel corpo del codice civile, è tuttavia opportuno effettuare una ricognizione storica dello stesso, ripercorrendone le origini.

Il sistema classico delle *formulae*, prevedeva le *compensationes*, ossia la possibilità che solo in singole circostanze si desse luogo giudizialmente alla neutralizzazione di reciproci debiti e crediti.

Nell'epoca delle *formulae*, l'unica tipologia contemplata era quella della compensazione giudiziale, non potendo configurarsi la *compensatio* quale istituto di carattere generale, e rivestendo una rilevanza esclusivamente di natura processuale.

In effetti, la *formula* si configurava come un'enunciazione di diritti e doveri tra le parti in causa, ed in particolare si trattava di un'istruzione che il *iudex* riceveva dal *praetor* di condannare o di assolvere il convenuto a seconda della fondatezza o meno della pretesa dedotta nell'*intentio*. Ciò premesso, difficilmente si sarebbe potuta configurare una neutralizzazione reciproca tra due *formulae*. Ognuna avrebbe seguito il suo corso.

Pertanto la *compensatio* avrebbe avuto ragion d'essere soltanto in quelle ipotesi in cui la redazione della *formula* avrebbe consentito al *iudex* di prendere in considerazione la contro - pretesa del convenuto e condannare l'attore soltanto nella differenza.

Si assisteva quindi ad una sorta di tipizzazione che si rilevava dalla casistica.

In particolare, una prima *compensatio* si realizzava nei *iudicia bonae fidei*<sup>1</sup>, ed assumeva la precipua funzione di permettere una liquidazione dei rapporti tra le parti nascenti *ex eadem causa*, dal momento che la conoscenza del giudice era circoscritta al rapporto intercorso tra le parti, tassativamente enunciato dalla *formula*.

Dal momento che comunque in quell'epoca qualunque *condemnatio* sarebbe stata di natura pecuniaria, sarebbe rientrato nei poteri discrezionali del giudice congruare le due partite reciproche nascenti *ex eadem causa*.

In queste ipotesi, come appare evidente, la *compensatio* figurava quale pura operazione contabile, e non quale causa estintiva del rapporto.

Altre ipotesi di *compensationes* erano quelle dell'*argentarius* (banchiere) e del *bonorum emptor*.

Nel primo caso, la compensazione era imposta dalla stessa *formula* (venne infatti convertita in *formula cum compensazione*).

Il banchiere, attore, avrebbe potuto intentare l'azione nei confronti del cliente solo se prima di instaurare il giudizio avesse eseguito la compensazione tra quanto a lui dovuto e quanto, invece, al debitore egli doveva.

In tal caso, requisito fondamentale era costituito dalla circostanza che i crediti avessero ad oggetto cose fungibili, che fossero omogenei e scaduti.

Per ciò che attiene alla procedura della *bonorum venditio*, il *bonorum emptor* che avesse acquisito in blocco il patrimonio del fallito, si sarebbe poi obbligato a pagare ai creditori non soddisfatti una certa percentuale e, nel caso in cui egli avesse agito nei confronti

---

<sup>1</sup> Gaio, 4, 61-630

di essi, avrebbe dovuto dedurre quanto essi vantavano nei confronti del fallito.

## § 2 Nozione e natura giuridica

Ripercorse le origini dell'istituto, oggi il termine "compensazione" viene utilizzato sia per definire il fenomeno nel suo complesso, sia l'effetto estintivo dei due rapporti, sia la causa del fenomeno stesso<sup>2</sup>.

Nel sistema normativo vigente, la compensazione, collocandosi nel capo IV del libro IV del vigente codice civile, è individuata tra i modi di estinzione diversi dall'adempimento, ossia una delle cause estintive dell'obbligazione, fatti giuridici cui l'ordinamento attribuisce l'efficacia di far cessare il rapporto obbligatorio.

Quando il creditore è a sua volta debitore della persona obbligata nei suoi confronti, si ha compensazione nel senso che i due debiti si elidono reciprocamente fino alle quantità corrispondenti. Pertanto, se i due debiti reciproci sono dello stesso ammontare, si assiste all'estinzione totale di entrambi. Se invece di ammontare diverso, si avrà un'estinzione totale del debito minore ed una riduzione in misura corrispondente del debito di importo maggiore, che sopravvive per la quantità residua<sup>3</sup>.

Alcuni definiscono la compensazione come *"il meccanismo più perfetto e raffinato della vita economica del nostro tempo"* e ritengono che il fondamento dell'istituto risieda *"nell'applicazione del principio dell'elisione di forze uguali e contrarie"*<sup>4</sup>.

In ordine alla natura ed alle modalità operative della compensazione, si sono succedute innumerevoli opinioni dottrinali e

---

<sup>2</sup> SCHLESINGER, *Compensazione*, in Noviss DI, III Torino, 1959.

<sup>3</sup> EZIO GUERINONI, *La compensazione*, in *Le obbligazioni*, a cura di Massimo Franzoni, UTET.

<sup>4</sup> COSENTINO PATTI, *La Compensazione nei suoi aspetti giuridici*, Napoli, 1983.

determinazioni giurisprudenziali che hanno contribuito a chiarire una disciplina che presenta diverse criticità interpretative.

E' importante individuare innanzitutto la *ratio* dell'istituto. La funzione sociale è rintracciabile indubbiamente nella speditezza degli affari, e risponde alla semplificazione dei rapporti patrimoniali reciproci, che si ottiene evitando inutili contrapposte attività solutorie.

Sotto altro profilo, la compensazione viene considerata come una forma di autotutela preventiva per il creditore che, temendo l'inadempimento del suo debitore-creditore, rifiuta di adempiere la propria prestazione eccependo l'estinzione per compensazione<sup>5</sup>.

Ulteriore fondamento della compensazione risiede in esigenze di equità e di garanzia di soddisfazione del credito, perché sembra opportuno evitare che il rischio dell'insolvenza di controparte sia a carico della parte più sollecita ad adempiere.

In mancanza, il debitore non potrebbe sottrarsi all'adempimento, pure al cospetto dell'inadempimento dell'obbligo corrispondente del proprio creditore; con la conseguenza che, dei due obbligati, rischierebbe di soccombere senza adeguata soddisfazione quello maggiormente solvibile<sup>6</sup>.

Per ciò che concerne la natura giuridica della compensazione, una parte della dottrina considera l'opposizione in compensazione come l'esercizio di un diritto potestativo, cui corrisponderebbe uno stato di soggezione in capo all'altra parte del rapporto<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> PERLINGERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, Napoli, 1965.

<sup>6</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, cit. 257.

<sup>7</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, 498.



Altri invece ritengono che si tratti di un negozio di accertamento con effetti inibitori nei confronti di colui nei riguardi del quale la compensazione è eccepita<sup>8</sup>.

Inoltre, per tentare di risolvere problemi pratici e ricostruttivi, in dottrina si è tentato di formulare diverse ipotesi sulla natura e la funzione della compensazione, anche assimilandola ad altri modi di estinzione dell'obbligazione.

Tornando all'epoca classica, la massima secondo cui "*compensatio pro solutione est*"<sup>9</sup> è certamente volta a cogliere l'effetto economico del fenomeno compensativo, piuttosto che le caratteristiche strutturali della fattispecie, ed ha la sua giustificazione nella necessità di evidenziare l'identità dell'effetto estintivo tra adempimento e compensazione, in un contesto in cui gli effetti della compensazione non risultassero già definiti *ex lege*. Pertanto la individuazione di una autonoma disciplina e di peculiari requisiti applicativi della compensazione già a seguito dell'esperienza romano-classica rendono ogni accostamento con la *solutio* un mero espediente descrittivo.

Nell'ambito della dottrina tedesca si è ipotizzata l'assimilazione della compensazione ad un duplice ordine delegatorio, impartito da ciascuna parte all'altra affinché esegua il pagamento presso se stessa<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> MESSINEO, *op. cit.*; PERLINGERI, *cit.*, 274,277; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, artt. 1173 – 1320 *Commentario cod. civ.*, diretto da Paolo Cendon, Torino, 1982, 434.

<sup>9</sup> U. DONELLO, *Commentarium XVI*, Napoli, 1764, c. XV; a sua volta richiama Modestino in D.16.2.1. Osserva G. RAGUSA MAGGIORE, voce *Compensazione*, (dir. Civ.) in *Enc. del dir.*, in VIII, Milano, 1961, come già Papiniano, in D. 16.2.3 poneva la compensazione come fattispecie alternativa rispetto alla *solutio* "*compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere*".

<sup>10</sup> J. KOHLER, *Lehrbuch des burgerlichen Rechts*, II, Berlin, 1906, 208. Si considera, prendendo spunto da una  *fictio iuris* desunta dalla disciplina testuale della compensazione, che una delle parti riceva dall'altra l'incarico di soddisfare il credito vantato, assumendo così il ruolo di debitore delegato e di creditore delegatario, sicché il credito vantato da tale soggetto si estingua per confusione e l'effetto estintivo si estenda anche al credito vantato dal delegante, in base al principio per cui l'estinzione soddisfattoria del credito delegatorio determina l'estinzione del credito di provvista.

Tale ricostruzione interpretativa presupporrebbe una presa di posizione nel senso della necessità di una dichiarazione negoziale della parte che intenda avvalersi dell'effetto estintivo, ed anzi della sussistenza di un nesso sinallagmatico tra le dichiarazioni delle due parti intese a produrre l'effetto compensativo.

Ulteriore tesi interpretativa assimila l'istituto in parola ad una "doppia confusione"<sup>11</sup>. Tale ricostruzione postulerebbe una reciproca cessione del credito o un duplice e reciproco ordine di pagamento *in manu sua*.

### § 3 Ambito applicativo

Il presupposto della compensazione – piuttosto che requisito della stessa – è la reciprocità, premessa indispensabile al fine dell'operatività del meccanismo in questione, che potrà dispiegare la sua funzione solo laddove vi sia reciprocità dei rapporti obbligatori<sup>12</sup>.

E' necessario tuttavia intendersi sul senso da attribuire alla reciprocità dei rapporti obbligatori.

E' stato correttamente osservato che si parla di reciprocità dei rapporti quando esistono due autonomi o separati centri di interesse giuridicamente rilevanti con rapporti obbligatori contrapposti. Il credito deve appartenere ad un patrimonio ed il debito deve appartenere ad un altro distinto patrimonio.

Potrebbe però accadere che le obbligazioni riguardino la stessa persona in veste diversa, ovvero che una medesima persona sia titolare di autonomi patrimoni, tra i quali possono intercorrere reciproci crediti e debiti.

---

<sup>11</sup> A.SACCHI, voce *Compensazione*, in Dig. It., VIII 3, Torino, 1896-1899, § 13.

<sup>12</sup> COSENTINO PATTI, *cit.*

Pertanto, è necessario comprendere, partendo dal presupposto di due patrimoni distinti, se il nostro ordinamento ammetta o meno la compensazione fra debiti-crediti appartenenti ad uno stesso titolare, anche se riconducibile a due diverse masse patrimoniali.

Le soluzioni date al problema dalla giurisprudenza e dalla dottrina sono in parte contrastanti.

In particolare, la dottrina appare divisa nell'ipotesi in cui sia l'erede, che ha accettato con beneficio di inventario, ad essere contemporaneamente debitore e creditore dell'eredità<sup>13</sup>.

Da un lato, infatti, ci sono autori i quali sostengono che, per la sussistenza del requisito della reciprocità tra debiti e crediti di cui all'art. 1241 c.c., non sia necessaria dualità di soggetti, essendo sufficiente la possibilità di individuare due distinti patrimoni. Di conseguenza sarebbe assolutamente operabile la compensazione nel caso di unicità di soggetto ma distinzione di masse patrimoniali<sup>14</sup>. Infatti, è stato osservato che mentre non sarebbe decisiva la diversità dei soggetti, sarebbe invece determinante la diversità dei patrimoni sui quali deve incidere l'effetto estintivo compensativo.

Altri, invece, sulla base della dualità soggettiva come presupposto indefettibile di un rapporto obbligatorio, e nella convinzione che la separazione dei patrimoni abbia un preciso vincolo di destinazione rilevante per i terzi, esclude assolutamente l'ipotesi in questione ritenendo quindi che la reciprocità debba essere ricollegata alla diversità dei soggetti<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup>A tal proposito la dottrina è unanime nell'escludere la compensazione sia nel caso in cui il terzo, creditore dell'eredità, sia debitore personale dell'erede che ha accettato con beneficio di inventario, sia nel caso in cui il terzo, debitore dell'eredità, è creditore personale dell'erede. A. CICU, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, 276 e 277.

<sup>14</sup> PERLINGERI P., *Dei modi*, cit.; ZACCARIA A., *Rapporti obbligatori e beneficio di inventario. Tipologie e discipline di attuazione*, Torino, 1994, 64 e 65.

<sup>15</sup> BIANCA M., *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, 1996, 223, che argomenta la sua tesi anche tramite il confronto con la disciplina speciale delle società di intermediazione mobiliare (d.lgs. n. 415/96) in cui, proprio per la specifica destinazione dell'investimento,

Anche la giurisprudenza sembra ritenere necessaria la plurisoggettività del rapporto obbligatorio e, quindi, l'esclusione dell'estinzione ai sensi dell'art. 1241 c.c. e ss. quando, pur in presenza di debiti-crediti appartenenti a patrimoni separati, si riscontra unicità soggettiva nella titolarità dei predetti patrimoni<sup>16</sup>.

Per ciò che attiene all'ambito applicativo dell'istituto, si è posto il quesito se la compensazione possa operare in modo generalizzato, anche tra rapporti obbligatori che sorgano in seno ad un contratto a prestazioni corrispettive o nell'ambito di ampia relazione intersoggettiva che dia luogo alle contrapposte ragioni di credito-debito, ovvero se a tale ultima ipotesi debba attribuirsi una specifica autonomia.

La giurisprudenza maggioritaria ha preferito optare per tale ultima ipotesi interpretativa, configurando la c.d. "compensazione impropria".

Pertanto, ulteriore presupposto dell'applicabilità della disciplina della compensazione individuato e ribadito dalla Suprema Corte, è costituito proprio dall'autonomia dei rapporti da cui nascono i contrapposti crediti delle parti, ossia che le obbligazioni in questione abbiano titoli diversi, sicché quando i rispettivi crediti e debiti traggono origine da un unico – ancorché complesso – rapporto, esso si risolve in un mero accertamento di dare e avere, con elisione automatica dei rispettivi crediti fino alla reciproca concorrenza, cui il giudice può procedere senza che sia necessaria l'eccezione di parte o la proposizione di una domanda riconvenzionale.

---

è vietata la compensazione tra crediti dell'intermediario e debiti del depositario; FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, 109 e ss.

<sup>16</sup>Sarebbe questo l'orientamento prevalente a partire da Cass. 27 maggio 1960, n. 1371, in *Giust. Civ.*, 1960, I, 1601. Pertanto in giurisprudenza rimane isolata la pronuncia che ha affermato, se pur in via incidentale, <<che la reciprocità dei crediti e debiti dedotti in compensazione implica l'esistenza della duplicità dei patrimoni. In altre parole, la reciprocità si intende nel senso che il credito deve spettare ad un certo patrimonio ed il debito ad un altro distinto patrimonio, mentre è indifferente che di tali patrimoni sia titolare il medesimo soggetto>> Cass., 30 maggio 1994, n.5273, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 121 e ss.

Pertanto, si parlerà piuttosto di compensazione “impropria” ogniqualvolta i debiti ed i crediti reciproci trovino origine nei rispettivi obblighi discendenti da un medesimo rapporto, consentendo una verifica delle reciproche poste di dare e avere che possano elidersi vicendevolmente.

Sicché, se nella compensazione ordinaria alla richiesta di adempimento di un credito derivante da rapporto “A” dovrà essere il convenuto ad opporre un credito derivante dal rapporto “B”, nella c.d. compensazione “impropria”, richiesto l’adempimento di un credito derivante dal rapporto “A”, rilevata l’esistenza di un controcredito sempre scaturente dal medesimo rapporto, il giudice potrà compiere d’ufficio quello che si configura come un mero accertamento contabile.

La compensazione “impropria”, pur potendo dar luogo ad un risultato analogo a quello della compensazione, non è per questo soggetta alla relativa disciplina tipica.

L’esclusione dell’applicazione del meccanismo della compensazione comporta per derivazione, l’inapplicabilità di alcune regole proprie della compensazione, ed in particolare il regime processuale della irrilevabilità d’ufficio da parte del giudice (art. 1242 c.c.), nonché l’intera disciplina sostanziale della compensazione codicistica, atteso che essa pur potendo dare luogo ad un risultato analogo a quello della compensazione propria non ne realizza le medesime finalità.

Sicché non si applicherà la regola in tema di arresto della prescrizione *ex art. 1242, co.2°* - secondo cui la prescrizione intervenuta successivamente al momento di coesistenza dei debiti e crediti reciproci non impedisce la compensazione - o di incompetenza del credito dichiarato impignorabile (*ex art. 1246, co.1*

n.3 c.c. e 545 c.p.c.)<sup>17</sup>, nonché della regola che prescrive, ai fini dell'operatività del meccanismo, l'esigibilità dei crediti e la loro omogeneità, risultando sufficiente la sussistenza della liquidità<sup>18</sup>.

Frequenti applicazioni della regola che esclude la compensabilità delle posizioni di credito e di debito per mancanza dell'autonomia delle fonti di obbligazione, si riscontrano, ad esempio, in materia fallimentare, come più avanti si dirà, nell'ambito delle azioni revocatorie di rimesse bancarie.

#### § 4 Effetti della compensazione

Si è già detto che il codice civile prevede la compensazione tra i modi di estinzione diversi dall'adempimento.

E' noto che le ipotesi produttive dell'effetto compensativo si distinguono a seconda della circostanza che l'estinzione derivi dalla coesistenza dei crediti (compensazione legale), ovvero dalla liquidazione *ope iudicis* dei crediti reciproci e coesistenti (compensazione giudiziale, cpv. 1243 c.c.), ovvero dalla manifestazione congiunta della volontà negoziale delle parti tesa a determinare l'effetto compensativo al di fuori delle altre ipotesi menzionate (compensazione volontaria, art. 1252 c.c.).

Le diverse fattispecie menzionate – fermo il presupposto della necessaria reciprocità dei crediti - differiscono in primo luogo per la diversità dei requisiti al ricorrere dei quali è subordinato il prodursi l'effetto estintivo.

In dottrina e giurisprudenza si è spesso discusso se l'effetto estintivo dei debiti reciproci dipenda dalla mera coesistenza dei debiti stessi o dall'eccezione di compensazione.

---

<sup>17</sup> Cass. Civ., sez. I 25 agosto 2006, n. 18498.

<sup>18</sup> Cass., 3 novembre 1986, n. 6426, in *Notiziario giur. lav.*, 1987, 83.

Infatti, altro è ritenere l'eccezione di compensazione come l'atto con cui si dichiara di volersi avvalere di un dato fenomeno (estinzione dei debiti) verificato già *ope legis*, altro è ritenere che l'eccezione di compensazione sia elemento costitutivo della fattispecie estintiva<sup>19</sup>.

E' diffusa in dottrina<sup>20</sup> ed in giurisprudenza<sup>21</sup> l'opinione secondo cui la compensazione opererebbe in modo automatico, senza necessità di eccepirla.

Tale opinione si fonderebbe su una interpretazione letterale delle norme, ed in particolare degli artt. 1241 e 1242 c.c., dai quali si evince che la mera coesistenza dei debiti e crediti reciproci sia idonea a produrre l'estinzione.

In base alla suddetta interpretazione, la dichiarazione giudiziale della parte che oppone la compensazione equivale ad una manifestazione di volontà diretta a giovare di un effetto già verificatosi, e la pronuncia del giudice avrebbe un valore ricognitivo di un'avvenuta estinzione.

Diversa è la posizione di chi ritiene che la coesistenza di due contrapposte situazioni debitorie in capo a due soggetti /patrimoni, determini una situazione di "compensabilità", che andrebbe fatta valere attraverso l'esercizio di un potere di estinzione di cui entrambe le parti dispongono.

Tale potere si estrinsecerebbe nella c.d. eccezione di compensazione, attraverso la quale una delle parti debitrice - creditrice vedrebbe al contempo estinto il proprio debito e realizzato il proprio credito.

---

<sup>19</sup> DALBOSCO, *la compensazione per atto unilaterale (la c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, RDC, 1989, I, 362.

<sup>20</sup> BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, II, 247

<sup>21</sup> Cass. Civ. 21.05.1979, n. 2916, Cass., 05.06.1976, n. 2037, GC, 1976, 1638

La coesistenza sarebbe elemento costitutivo e caratterizzante del fenomeno compensativo, laddove la dichiarazione di avvalersi della compensazione si traduce in un requisito legale di efficacia.

Il vecchio Codice, sulle orme del codice di Napoleone, ripeteva che <<la compensazione si fa di diritto in virtù della legge , ed anche senza saputa dei debitori>>.

Il nuovo Codice, pur ribadendo che <<la compensazione estingue i due debiti dal giorno della loro coesistenza>>, ha altresì precisato all'art. 1242 *co.1* che <<il giudice non può rilevarla d'ufficio>>.

E' chiaro dunque che nel nostro sistema normativo, la compensazione non si verifichi automaticamente, in virtù della sola circostanza che si è determinata la situazione di compensabilità.

La non rilevabilità d'ufficio della compensazione da parte del giudice costituisce argomento a favore della non automaticità della compensazione. Si ritiene che il legislatore del '42 abbia accolto la ricostruzione chiovendiana della compensazione quale "eccezione in senso stretto", in quanto tale determinante l'onere di allegazione e di prova in capo alla parte che la deduca in giudizio quale fatto estintivo della pretesa attorea<sup>22</sup>.

La predetta conclusione è altresì confermata anche dall'art. 1251 c.c., dal quale risulta che l'adempimento di un debito cui si sarebbe potuta opporre una compensazione non costituisce pagamento di un indebito<sup>23</sup>.

Ulteriore argomento a favore è da ritenersi desumibile dalla lettura dell'art. 1248 c.c. in base al quale si pongono limiti alla possibilità di eccepire la compensazione nel caso di cessione del credito.

Oggi la dottrina è concorde nell'affermare che perché si possa raggiungere l'effetto estintivo, debba essere esercitata un'attività della parte diretta a far valere, ad "opporre " l'eccezione.

---

<sup>22</sup> G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, 106.

<sup>23</sup> DALBOSCO, *op. cit.* p. 363. BARASSI, *Teoria delle obbligazioni*, 2° ed., Milano, 1948, vol. III, p. 164; REDENTI, *La compensazione*, p. 13 e ss.



I contrasti emergono tuttavia in ordine alla identificazione di cosa debba constare tale attività .

Si è rilevato a tal proposito un insanabile contrasto tra la funzione di accertamento che si vuole riconoscere alla opposizione in compensazione e la sua essenzialità al fine dell'estinzione dei crediti contrapposti; ossia tra l'asserito perfezionarsi della fattispecie estintiva al momento della coesistenza dei crediti e la possibilità della continuazione di una loro vita autonoma se viene a mancare l'opposizione.

Non appare quindi possibile negare una funzione in qualche modo costitutiva alla dichiarazione richiesta per il perfezionarsi della compensazione.

In effetti un quesito di indubbio interesse risiede su quale valore attribuire alla dichiarazione.

Alcuni ritengono che si inserisca in un "procedimento estintivo, in funzione di accertamento costitutivo"<sup>24</sup>; altri la definiscono una *condicio iuris* sospensiva dell'effetto estintivo<sup>25</sup>; altri ancora, come anticipato, esercizio di un diritto potestativo.

Esistono altresì opinioni discordanti circa la natura processuale o sostanziale dell'eccezione di opposizione in compensazione.

In particolare, da un lato i sostenitori della teoria processuale ritengono che soltanto una dichiarazione *in limine litis* possa raggiungere l'effetto sostanziale dell'estinzione dei debiti; viceversa, altri sostengono che il risultato sostanziale dell'estinzione dei debiti possa essere conseguito sia attraverso un'eccezione processuale che fuori dal processo.

Il considerare possibile l'eccezione *de qua* anche fuori dal processo comporta da un lato, che in un eventuale successivo giudizio, il giudice

---

<sup>24</sup> MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, cit., p. 44-46.

<sup>25</sup> NATOLI, *In tema di compensazione*, cit., col. 58.

potrebbe rilevare la compensazione anche d'ufficio, se dagli atti del processo risulti provata la dichiarazione extragiudiziale.

Il giudice dovrà valutare la coesistenza dei crediti-debiti e dei requisiti della loro compensabilità al momento in cui vi è stata la dichiarazione extragiudiziale e dichiarerà l'estinzione dal giorno della coesistenza anche se, successivamente, la coesistenza stessa o taluno dei requisiti della compensabilità, fossero venute meno.

### § 5 Prescrizione e compensazione

Un problema pratico che coinvolge l'importanza di attribuire o meno efficacia retroattiva alla dichiarazione di compensazione da parte del giudice, attiene alla operatività o meno della prescrizione.

In realtà, retroagendo gli effetti della dichiarazione al momento in cui si è verificata la coesistenza dei crediti-debiti, è ovvio che non può influire su di essi la prescrizione di questi maturata dopo quel momento ai sensi dell'art. 1242, co. 2° c.c..

Secondo l'ultimo comma dell'art. 1242 c.c., la prescrizione intervenuta nel periodo intercorrente tra il momento di coesistenza dei due debiti ed il momento in cui viene eccepita la compensazione, non impedisce l'effetto estintivo proprio della compensazione. Pertanto è come se si individuasse una "zona ibrida" di compensabilità, durante la quale l'interesse della parte a valersi della compensazione non può essere pregiudicato dalla intervenuta prescrizione.

Alcuni autori, individuano nella norma una *ratio* equitativa<sup>26</sup>.

Se, viceversa, uno dei crediti fosse già estinto al momento della coesistenza e della formulazione dell'opposizione, la compensazione non potrebbe più essere eccepita.

---

<sup>26</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione*, cit., pp. 290 e ss.

E' evidente che l'interpretazione della norma sopra riportata, assume una veste differente a seconda che si aderisca alla tesi dell'automaticità o della efficacia costitutiva della dichiarazione di compensazione.

Infatti, nel primo caso la norma in questione sarebbe un corollario dell'automaticità della compensazione; viceversa, nel secondo caso costituirebbe una opportuna specificazione della retroattività dell'effetto estintivo.

#### § 6 La compensazione legale: requisiti

Affinché si possa avere la compensazione legale, la legge prevede che i debiti - crediti reciproci presentino i requisiti della omogeneità, della liquidità e della esigibilità.

La qualifica di "legale" deriva dalla vecchia affermazione della operatività *ipso iure* attribuita alla coesistenza dei crediti reciproci.

In dottrina si è rilevata l'improprietà di far risalire alla "legge" la causa prossima di un effetto che invece è pur sempre condizionato ad una data situazione di fatto<sup>27</sup>.

Per ciò che concerne la liquidità, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere liquido il credito esistente e determinato nel suo ammontare.<sup>28</sup>

Differentemente non vi è unanimità in ordine ai criteri attraverso cui rilevare tali caratteristiche del credito.

Prima di procedere alla disamina dei requisiti della compensazione legale è opportuno effettuare una precisazione.

Nonostante non vi sia un'espressa previsione legislativa in tal senso, e nonostante giurisprudenza sporadica e isolata si sia espressa in senso

---

<sup>27</sup> ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, p. 140.

<sup>28</sup> BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1946, 926.

contrario<sup>29</sup>, elemento essenziale per la operatività della compensazione, non solo legale, è che il credito - debito sia certo, innanzitutto in relazione alla sua esistenza.

Inoltre, nonostante sporadiche posizioni in dottrina, secondo cui una sentenza di mero accertamento del credito compiuta in primo grado e provvisoriamente eseguibile sarebbe sufficiente per attribuire al credito la qualifica della certezza<sup>30</sup>, la giurisprudenza è concorde nel ritenere il contrario<sup>31</sup>.

E in effetti, essendo l'istituto in parola un mezzo di estinzione delle obbligazioni, postula il definitivo accertamento delle obbligazioni da estinguere e non è applicabile a situazioni provvisorie, quali potrebbero essere crediti/debiti accertati da un titolo giudiziario non definitivo e quindi suscettibile di subire delle modifiche.

In realtà la provvisoria esecutività è idonea a facultizzare solo la temporanea esigibilità del credito, ma non ne sancisce la irrevocabile certezza.

Strettamente legato alla problematica della certezza è il requisito della liquidità.

Non è facile orientarsi sul vero senso e significato che la giurisprudenza ha inteso attribuire al concetto di "liquidità" di un credito.

Un credito è considerato liquido quando è determinato nel suo ammontare<sup>32</sup>, o altresì immediatamente determinabile mediante un processo di puro calcolo aritmetico.

A ben vedere, gran parte della dottrina identifica il requisito della liquidità con quello della certezza<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Cass. 22 aprile 1998, 4073, inedita.

<sup>30</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione*, cit., pp. 295; *contra* RAGUSA MAGGIORE, voce *Compensazione*, cit. 26.

<sup>31</sup> Cass. 18 ottobre 2002, n.14818, in Rep. Foro it., 2002, voce *Obbligazioni in genere*, n.72, “non può operare la compensazione legale, qualora il credito addotto in compensazione sia contestato nell'esistenza o nell'ammontare, in quanto la contestazione esclude la liquidità del medesimo credito”.

<sup>32</sup> Cass. 17 marzo 1981, n. 1543, in Rep. Foro it., 1981, voce *Obbligazioni in genere*, n.39.

Secondo tale interpretazione la liquidità andrebbe intesa in senso soggettivo, tenendo conto della valutazione delle parti, sicché, laddove sorgessero dubbi circa l'esistenza o l'ammontare del credito, non potrebbe ritenersi soddisfatto il requisito della liquidità<sup>34</sup>.

Secondo tale interpretazione, laddove sorga una controversia sull'esistenza o sull'ammontare del credito, si avrebbe l'illiquidità dello stesso, dal momento che il giudice dovrebbe pronunciarsi sull'*an debeatur*, mettendo in discussione la liquidità del credito stesso. La giurisprudenza precisa, peraltro, che la contestazione del credito opposto in compensazione, deve avere ad oggetto la stessa sussistenza del controcredito e non già il diritto di far valere la compensazione secondo le norme del codice di rito.

In verità, occorrerebbe verificare quale sia il compito del giudice in ordine alla contestazione sollevata in relazione al credito.

Se si reputa che qualsivoglia contestazione relativa al credito opposto in compensazione possa rendere lo stesso non liquido, si negherà l'efficacia meramente dichiarativa della sentenza di accertamento pronunciata dal giudice, e gli effetti estintivi propri della compensazione non retroagiranno al momento della coesistenza del debito - credito.

A diverse conseguenze perviene la dottrina maggioritaria secondo cui la liquidità andrebbe intesa in senso oggettivo, non rilevando la incontestabilità del credito.

In tal caso nessuna negazione dell'esistenza del credito sarebbe idonea ad evitare la retroattività dell'evento estintivo, con l'unico effetto del differimento della dichiarazione di compensazione legale<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> F.PELLEGRINI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in *Commentario del codice civile* a cura di M. D'Amelio ed E. Finzi, Firenze, 1948, 149.

<sup>34</sup> Cass., 18 ottobre 2002, 14818, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce, *Obbligazioni in genere*, n. 72; Cass., 15.07.1982, n.4161, FI, 1983, I, 96.

<sup>35</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione*, cit., pp. 294; E. REDENTI, *La compensazione*, cit., 30; SCHLESINGER, *Compensazione*, *Noviss DI*, III Torino, 1959, 498.

Da ciò deriverebbe che i giudici dovrebbero compiere una mera attività di accertamento, anche d'ufficio<sup>36</sup>. Così argomentando, si verrebbe a restringere l'ambito di applicazione della compensazione legale, dato che ovviamente quasi sempre, il creditore che agisce in giudizio intende contestare il controcredito che il debitore invoca per esimersi dal pagamento.

Sulla base di quest'ultimo orientamento, alla pronuncia del giudice che accerti l'ammontare del credito bisognerebbe attribuire un'efficacia costitutiva.

Invero, nessun argomento potrebbe sostenere la tesi che attribuisce all'espressione credito liquido il valore di credito incontestato.

La contestazione del credito in verità, implica la necessità di un accertamento da parte del giudice. La proposizione dell'eccezione con cui il convenuto contesta il credito denunciando una pretesa mancanza di certezza, determina la necessità di un accertamento da parte del giudice.

Talvolta la giurisprudenza ha tentato di ammettere la compensazione nel caso di crediti contestati, ricercando il fondamento in vere e proprie norme speciali diverse da quelle del codice.

Pertanto, è evidente come, da un lato, non sia facile orientarsi sul vero senso e significato che la giurisprudenza ha inteso attribuire al concetto di "liquidità" di un credito, dall'altro non mancano certo le basi giurisprudenziali per sostenere ora una tesi ora l'altra.

In chiusura, sembra opportuno ritenere che spetta all'interprete valutare se un credito possa ritenersi o meno liquido, e se tale liquidità possa essere desunta dal titolo costitutivo del credito.

Con riferimento al requisito della omogeneità né la giurisprudenza né la dottrina rilevano particolari problematiche.

---

<sup>36</sup> Con una pronuncia isolata anche Cass. 21.04.1975, n.1532, FP, 1975, I, 49

L'omogeneità implica che le obbligazioni abbiano ad oggetto una somma di denaro o una quantità di cose fungibili.

Come rivelato da alcuni autori, il requisito in questione, prescritto dall'art.1243 c.c., sarebbe la sommatoria di una caratteristica intrinseca dell'oggetto (fungibilità) e di una caratteristica estrinseca dell'oggetto (appartenenza allo stesso genere).

Dunque una cosa è la fungibilità, altra è la omogeneità.

La fungibilità rappresenterebbe il rapporto di equivalenza equitativa tra i beni dedotti in prestazione, sì che l'uno e l'altro siano intercambiabili per il soddisfacimento degli interessi dei reciproci creditori. L'omogeneità indicherebbe invece l'appartenenza dei beni allo stesso genere.

Pertanto, ai fini della compensabilità è necessaria la coesistenza sia dell'uno che dell'altro requisito, visto che “anche se i beni possono essere considerati sostituibili, se sono tra loro eterogenei non sono suscettibili di compensazione legale; parimenti non lo sono i beni e le prestazioni omogenei che, in relazione al concreto rapporto, non siano anche fungibili”<sup>37</sup>.

Anche il requisito della esigibilità non pone particolari problemi all'interprete. E' esigibile il credito che non sia sottoposto né a condizione sospensiva né a termine finale e che possa essere fatto valere giudizialmente.

Parimenti non può opporsi in compensazione un credito naturale, così come risulta dal capoverso dell'art. 2034 c.c.

Si è rilevato che l'esigibilità è da escludersi quando venga fatta valere *l'exceptio inadimpleti contractus* contro il credito opposto in compensazione, sicché giustificando il rifiuto di adempiere e impedendo la condanna del debitore, essa preclude di utilizzare il credito a fini compensativi<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> PERLINGERI, *op.cit.*, p. 296.

<sup>38</sup> SCHLESINGER, *op. cit.*, 723.

Tra le problematiche di maggior rilievo connesse all'esigibilità quale requisito della compensazione, vi è quella attinente l'ammissibilità o meno della compensazione qualora il rapporto sia sottoposto a condizione risolutiva o la sua esistenza dipenda da una sentenza provvisoriamente esecutiva ma ancora soggetta ad impugnazione.

Secondo la dottrina dominante ciò non costituirebbe un ostacolo, dal momento che l'avveramento dell'evento dedotto in condizione o la riforma della sentenza comporterebbero il venir meno - con efficacia retroattiva - del titolo che giustificava il credito opposto in compensazione e conseguentemente il venir meno dell'effetto compensativo con efficacia *ex tunc*, determinando il risorgere del credito estinto<sup>39</sup>.

Pertanto, si considerano compensabili perché esigibili, i crediti sottoposti a condizione risolutiva, i crediti prescritti laddove la prescrizione sia intervenuta dopo l'operare dell'istituto compensativo, e quelli in cui vi sia stata una dilazione gratuita del credito da parte del creditore<sup>40</sup>, art. 1244 c.c.

## § 7 La compensazione giudiziale

La compensazione giudiziale consiste nell'estinzione di due obbligazioni aventi carattere di reciprocità che ricorre ogniqualvolta il giudice, accertata la sussistenza degli ulteriori requisiti, quali l'esigibilità e l'omogeneità del credito, ne constati, tuttavia, l'illiquidità e al contempo la facile e pronta liquidazione.

---

<sup>39</sup> SCHLESINGER, *op.cit.*, 723; *contra* GIULIANO, *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milano, 1955, 16.

<sup>40</sup> Cass. 16 novembre 2000, 14859, in *Mass. Foro.it.*, 2000, 1324. Se invece il termine dilatorio è imposto dalla legge a favore del debitore, la giurisprudenza sostiene che il credito è inesigibile fino a questo termine, salvo l'ipotesi in cui sia lo stesso debitore a chiedere l'opposizione in compensazione di tale credito con altri debiti che, a diverso titolo il creditore aveva nei suoi confronti.



La facilità e prontezza della liquidazione non si verificano in giudizio, ma preesistono alla proposizione della domanda ed escludono per definizione che la quantificazione del credito richieda particolari cognizioni tecniche o valutazioni che possano essere facilmente ottenute dalle parti in sede stragiudiziale.

Sotto diversi profili, si è ritenuto che il dettato legislativo appare ambiguo e difficilmente si presta ad un'interpretazione univoca.

Con riguardo alla certezza, il problema interpretativo che si pone è analogo a quello già menzionato a proposito della compensazione legale ove si pone il dubbio circa l'esistenza del credito nel caso in cui dipenda dall'esito di un separato giudizio.

Il requisito della omogeneità nella compensazione giudiziale è stato oggetto di differenti opinioni in dottrina e giurisprudenza.

La giurisprudenza risalente - ma non successivamente modificata - ritiene che il principio dell'omogeneità possa essere applicato con minor rigore rispetto alla compensazione legale, muovendo dal maggior potere discrezionale del giudice nell'ambito della compensazione giudiziale, e pertanto ritenendo che egli "possa ammettere in compensazione contro crediti di somme di danaro anche crediti di cose che si facciano valere come crediti di valore, a qualunque titolo, purché in sede di liquidazione si renda agevole la conversione di tali valori in somme di danaro"<sup>41</sup>.

La dottrina si è opposta fermamente a tale interpretazione, assumendo che l'unica deroga consentita dal legislatore alla disciplina della compensazione legale riguardi esclusivamente la liquidità del credito.

A tale conclusione si perviene attraverso argomenti di ordine logico - sistematico e storico.

---

<sup>41</sup> Cass. 31 gennaio 1951, n. 275, in *Giur. It.*, 1951, I, 1, 716 ss. Con nota di P. Forchielli, *Compensazione giudiziale ed omogeneità dei crediti*.

Infatti l'unico elemento distintivo tra il comma 1 ed il comma 2 dell'art. 1243 risiede nella contrapposizione tra "liquido" e "non liquido", mentre nulla si dice in ordine alla omogeneità dei crediti.

Inoltre, con il passaggio dal codice del 1865 all'attuale, è stata soppressa proprio una disposizione che prevedeva una deroga al principio dell'omogeneità, confermando così la volontà del legislatore di non ammettere alcuna disapplicazione al suddetto principio.

Uno dei principali problemi affrontato dalla dottrina è stato proprio quello di attribuire una autonomia alla compensazione giudiziale, evitando di ricondurla ad una mera tecnica che consenta al giudice di porre i due crediti nelle condizioni di raggiungere i presupposti per l'operatività della compensazione legale.

Invero, l'autonomia della compensazione giudiziale deriva proprio dalla circostanza che l'effetto compensativo estintivo deriverà dalla sentenza del giudice che - previa liquidazione di un credito che prima tale non era - dichiarerà l'avvenuta compensazione, emettendo una sentenza che avrà quindi efficacia costitutiva<sup>42</sup>.

Conseguentemente, la compensazione che ne deriverà avrà un'efficacia *ex nunc*.

Diversamente ragionando, se si ritenesse la compensazione giudiziale solamente l'attuazione posticipata della compensazione legale, i tipici effetti di quest'ultima, tra cui la retroattività del momento compensativo al verificarsi della coesistenza dei crediti, verrebbero ad estendersi anche alla compensazione giudiziale<sup>43</sup>.

La compensazione giudiziale, presupponendo l'accertamento del controcredito da parte del giudice adito, non può fondarsi su un credito

---

<sup>42</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione*, 301 e ss.; SALV. ROMANO, *Appunti in tema di compensazione legale e giudiziale*, in *Circ. giur.*, 1949, 24.

<sup>43</sup> Interessante la ricostruzione proposta da REDENTI E., secondo la quale, qualora in ambito di compensazione giudiziale emerga che per un certo *quantum* non poteva nutrirsi alcun dubbio e che *ex fide bona* non poteva disconoscerlo neanche l'altra parte, anche in questo caso gli effetti della compensazione sarebbero *ex tunc* e non *ex nunc*.

la cui esistenza dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso nello stesso tempo<sup>44</sup>.

Quando nel corso di un giudizio venga opposto in compensazione un credito, il giudice, quando siano presenti i presupposti per la compensazione legale o volontaria, dichiarerà l'avvenuta estinzione *ex tunc*, mentre a sua discrezione, difettando di liquidità del credito offerto in compensazione, e ravvisando la pronta e facile liquidazione, pronuncerà sentenza costitutiva di compensazione con efficacia *ex nunc*.

In mancanza della pronta e facile liquidazione (non soltanto verificantesi in ipotesi di incertezza nell'ammontare del credito, ma anche qualora ne risulti contestata l'esistenza), il giudice sarebbe obbligato a disattendere l'eccezione, dovendo la parte far valere il credito in separato giudizio introdotto con autonoma domanda<sup>45</sup>.

Si reputa che sia altresì inapplicabile la compensazione giudiziale tra un credito fatto valere in giudizio ed un controcredito per il quale l'altra parte abbia fatto riserva di agire con separata ed autonoma domanda<sup>46</sup>, oppure nell'ipotesi in cui l'accertamento del controcredito comporti una lunga istruttoria<sup>47</sup>.

E' indubbiamente interessante il disposto di cui al 2°co. dell'art. 1243 c.c.. Vi è la previsione di due ipotesi alternative.

---

<sup>44</sup> Cass. 01.09.2000, n.11496, *RFI*, 2000, *Obbligazioni in genere*, 1604, n.40.

<sup>45</sup> Nel senso che l'eccezione di compensazione, *sub specie* di eccezione riconvenzionale, possa essere opposta per la prima volta in grado di appello, Cass. 21 dicembre 2002, n.18223, in *Dir. Fall.* 2003, 669. In quella sede, la Corte ribadisce l'elemento distintivo tra la domanda riconvenzionale e l'eccezione riconvenzionale. Mentre con quest'ultima vengono avanzate richieste che, pur rimanendo nell'ambito della difesa, ampliano il tema della controversia, senza tuttavia tendere ad altro fine che non sia quello della reiezione della domanda, opponendo al diritto fatto valere dall'attore, un diritto idoneo a paralizzarlo; viceversa, con la domanda riconvenzionale, il convenuto, traendo occasione della domanda avanzata nei suoi confronti, chiede un provvedimento giudiziale a sé favorevole, che gli attribuisca beni determinati in contrapposizione a quelli richiesti con la domanda principale. La Corte, ben consapevole della non proponibilità di una nuova eccezione in appello ai sensi dell'attuale formulazione dell'art. 345 c.p.c., ritiene nel caso di specie la proponibilità con riguardo al regime transitorio.

<sup>46</sup> Cass. 14 giugno 1967, n.1356, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Compensazione*, n.3.

<sup>47</sup> Cass. 20 giugno 2003, n.9904, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004.

L'una, secondo cui il giudice può dichiarare la compensazione per la parte del debito che riconosce esistente, l'altra, secondo cui lo stesso può sospendere la condanna del credito liquido fino all'accertamento del credito opposto in compensazione.

Il requisito della "facile e pronta liquidazione", contiene il riferimento alla rapidità con cui il giudice può arrivare alla determinazione del *quantum*, non escludendo per questo l'utilizzabilità di mezzi istruttori, purché ciò non comporti un ritardo sulla domanda principale. Invero ci si chiede se tale disposizione riguardi solo il credito incerto nel *quantum* ovvero anche il credito in cui ad essere incerto sia anche l'*an debeatur*<sup>48</sup>. A sostegno di tale interpretazione vi sarebbe il termine "accertamento".

Mentre la giurisprudenza sembrerebbe favorevole a tale interpretazione, supportata anche da una parte della dottrina, diversamente accade per alcuni autori che sostengono che il giudice, nel dichiarare la compensazione per la parte esistente, rimette ad un'ulteriore istruttoria il margine ancora incerto e non prontamente liquidabile, per il quale la compensabilità resterebbe esclusa<sup>49</sup>.

L'ipotesi della sospensione della condanna fino all'accertamento, invece, prevedrebbe un'incertezza sul *quantum* non di una sola parte ma dell'intero credito illiquido opposto in compensazione (sempre di facile e pronta liquidazione). In tal caso il giudice provvederà con un'unica sentenza sull'intero debito illiquido.

Pertanto, né nell'una, né nell'altra ipotesi, è prevista un'incertezza sull'*an*.

---

<sup>48</sup> La giurisprudenza appare favorevole da una interpretazione estensiva, secondo cui il requisito in esame comprenderebbe anche un accertamento dell'*an debeatur*, Cass. 25 settembre 2000, 12664, in Mass. Giur. It., 2000, 1137. In dottrina, vi sono alcuni autori che concordano con la giurisprudenza nel senso di prevedere che l'art. 1243, co.2° si riferisca ad "un'incertezza in senso ampio", RAGUSA MAGGIORE, *Compensazione*, op. cit. 22; PELLEGRINI, *Dei modi*, cit., 153.

<sup>49</sup> REDENTI, *La compensazione*, cit. 42.

Rimarrebbe inclusa nella nozione di credito di facile e pronta liquidazione la contestazione che si limiti all'indeterminatezza del suo ammontare.

La differenza tra le due fattispecie consiste nel fatto che nella prima ipotesi il giudice, dopo avere liquidato, dichiara contestualmente la compensazione. Nella seconda ipotesi, invece, il giudice, a tutela del debitore che oppone un credito non liquido e contestato, accerterà in un secondo momento la liquidità dello stesso. Se risulterà che l'incertezza atteneva alla sola quantificazione, dichiarerà la compensazione giudiziale. Se liquido ancor prima dell'instaurazione del giudizio, si dichiarerà la compensazione legale.

Con riferimento all'operatività della compensazione giudiziale, si pongono problemi peculiari e distinti rispetto a quelli analizzati con riguardo alla compensazione legale.

Infatti, mentre con riferimento a quest'ultima, è indubbio che l'effetto estintivo si produca nel momento stesso in cui i crediti reciproci, dotati dei requisiti richiesti, coesistano, in dottrina<sup>50</sup> ed in giurisprudenza è consolidato l'orientamento che attribuisce alla compensazione giudiziale requisiti di operatività propri rispetto alla compensazione legale, alla luce dell'art. 1243, co. 2 c. c., che riconosce al giudice il potere di dichiarare la compensazione anche nell'ipotesi in cui uno dei crediti non sia liquido, purché sia di facile e pronta liquidazione, nonché il potere di sospendere la condanna per il credito liquido fino all'accertamento di quello opposto in compensazione.

Ne deriverebbe, ad esempio, l'inapplicabilità alle ipotesi di compensazione giudiziale dell'art. 1242 c.c.. Infatti, si ritiene che trattandosi nella compensazione giudiziale di operatività *ex nunc* dal momento della dichiarazione contenuta nel provvedimento giurisdizionale, la vicenda estintiva sia impedita dal decorso della

---

<sup>50</sup> RAGUSA MAGGIORE, *compensazione*, cit., 22; PERLINGERI P., *Fenomeno dell'estinzione*, cit.

prescrizione che, pur successivo al momento della coesistenza dei crediti, sia anteriore al momento della pronuncia.

La diversità tra compensazione legale e giudiziale risiede dunque nei diversi presupposti di operatività e nei diversi effetti della pronuncia giurisdizionale.

Quest'ultima, nella compensazione giudiziale, andrebbe qualificata come elemento integrativo della fattispecie estintiva, nel senso che l'effetto estintivo non potrebbe aver luogo se non intervenisse la pronuncia giurisdizionale. E ciò non tanto in virtù dell'asserita natura costitutiva della sentenza, ma per la circostanza che prima dell'intervento giudiziale ex art. 1243 c.c. difetta il presupposto della liquidità del credito, essenziale ai fini del prodursi dell'effetto estintivo.

Si ritiene che gli effetti della sentenza che dispone la compensazione giudiziale debbano farsi decorrere dal momento dell'instaurazione del giudizio o comunque da quello dell'opposizione del controcredito in compensazione e non dal deposito della sentenza stessa<sup>51</sup>.

E d'altra parte, in via interpretativa, la retroattività della pronuncia di compensazione giudiziale, almeno a far data dal momento dell'introduzione del giudizio, è confermata dalla previsione del potere del giudice di disporre la sospensione della condanna con riserva fino all'accertamento del credito illiquido.

Secondo una parte della dottrina non vi sarebbe alcuna differenza sostanziale tra compensazione giudiziale e legale, atteso che il requisito della liquidità non dovrebbe intendersi come pura e semplice determinatezza della quantità dovuta, ma come non contestazione della liquidazione unilaterale operata dalla parte che oppone la compensazione nel momento in cui viene richiesta di adempiere.

---

<sup>51</sup> Non sembra infatti fondata l'opinione secondo cui il soggetto che domanda la pronuncia di compensazione giudiziale non sarebbe titolare di un diritto sostanziale all'estinzione. Quand'anche si intenda configurare in capo al soggetto che deduce la compensazione un mero interesse legittimo, non può ragionevolmente sottrarsi alla parte la scelta del momento in cui far valere l'estinzione e sottoporre l'interesse della parte stessa all'alea della durata del processo.

L'operazione compiuta dal giudice avverrebbe mediante quantificazione del credito operata sulla base del titolo o di risultanze certe, con efficacia retroattiva. In questo senso l'art. 1243 c.c. non individuerrebbe una fattispecie estintiva autonoma, ma un insieme di regole funzionali alla gestione del processo, nonché agli esiti del giudizio sull'eccezione di compensazione, ove il controcredito opposto sia contestato nel *quantum*<sup>52</sup>.

Se si aderisse alla tesi della retroattività degli effetti della compensazione giudiziale, dovrebbe ritenersi che la disposizione di cui all'art. 1243 co.2 c.c. non preveda una fattispecie autonoma di compensazione, ma ampli il campo di applicazione dell'istituto, ed in particolare la nozione di liquidità per ricomprendervi o comunque equiparare ad essa anche la facile e pronta liquidazione.

E' stato rilevato da alcuni autori che dal dato testuale dell'art. 1243 c.c. si attribuisca al giudice il potere di "dichiarare" la compensazione e non di "disporla" *ex novo*.

In tal caso si è sostenuto che la pronuncia abbia un effetto di accertamento costitutivo nella parte in cui liquida il credito e crea il presupposto per la compensazione, mentre abbia funzione di mero accertamento nella parte, logicamente successiva, in cui dichiara la compensazione<sup>53</sup>.

Invero, si obietta che tale suddivisione è piuttosto artificiosa, dal momento che in verità la pronuncia del giudice è unitaria, e l'operazione di liquidazione è meramente strumentale.

Invero, la giurisprudenza, orientata nel senso dell'irretroattività della compensazione giudiziale, ritiene che tale caratteristica sia del tutto compatibile anche con la disciplina di cui all'art. 2917 c.c. in tema di opponibilità della compensazione al creditore pignorante da parte del terzo, *debitor debitoris*, nell'ipotesi di pignoramento del credito

---

<sup>52</sup> M.C. DAL BOSCO, *Della compensazione giudiziale*, *cit.*, 715.

<sup>53</sup> SCHLESINGER P., voce *Compensazione*, *cit.*, 729; PERLINGIERI P., *Fenomeno dell'estinzione*, *cit.*

soggetto a compensazione: come più avanti si illustrerà, si ritiene infatti che, quand'anche la compensazione giudiziale operi dal momento della statuizione giurisdizionale, l'estinzione sia inopponibile al creditore pignorante quando il credito opposto in compensazione sia sorto anteriormente al pignoramento<sup>54</sup>.

### § 8 La compensazione volontaria

Altra ipotesi contemplata dal legislatore è la compensazione convenzionale che si concretizza in un negozio bilaterale diretto ad elidere le reciproche ragioni di credito, previo riconoscimento della loro esistenza<sup>55</sup>. L'eccepibilità di tale compensazione, pertanto, postula la dimostrazione di un incontro della volontà delle parti nel senso indicato.

Tale facoltà è corollario della autonomia contrattuale e del diritto di rinunciare ai benefici sanciti esclusivamente nell'interesse del rinunciante.

---

<sup>54</sup> Cass. 10 giugno 2005, n. 12327, in *Corriere giur.*, 2006, 57 e ss.

<sup>55</sup> La disciplina della compensazione volontaria comporta un raffronto con alcuni istituti "contigui". In particolare, si è avuto modo di analizzare le analogie con la remissione del debito e la transazione. Secondo SCHLESINGER P. la compensazione volontaria si risolverebbe in un contratto bilaterale con cui le parti operano una reciproca remissione del debito. *Contra* PERLINGER P. obietta che la remissione, ancorché reciproca, non implica una fusione delle volontà delle parti. Inoltre, la compensazione volontaria realizza pur sempre, per ciascuno dei creditori, un arricchimento ed un corrispettivo impoverimento, fenomeni estranei alla funzione remissoria.

Parimenti, la compensazione volontaria non può essere confusa con la transazione. *Cfr.* Cass. 15 marzo 1969, n. 849. Vero è che le parti attraverso la transazione possono estinguere rapporti obbligatori, ma è altrettanto vero che le deroghe, che le parti possono pattuire alle condizioni della compensazione legale, non sembrano potere integrare quelle reciproche concessioni di cui si parla all'art. 1965 c.c. E d'altra parte, la compensazione volontaria non è soggetta all'onere della forma scritta prescritto *ad probationem* per la transazione. La dottrina ha evidenziato come la compensazione volontaria di crediti illiquidi potrebbe nascondere una diversa volontà delle parti. Gli interessati potrebbero voler concludere una transazione "celata" sotto le spoglie di un negozio compensativo. Si è parlato a tal proposito di compensazione transattiva, ma in tal caso sarebbe inevitabile concludere che l'accordo delle parti dovrebbe essere provato per iscritto. *Cfr.* PERLINGER P.



L'istituto in parola è disciplinato dall'art. 1252 c.c. che prevede due distinte ipotesi di operatività:

a) "per volontà delle parti può avere luogo compensazione anche se non ricorrono le condizioni previste dagli articoli precedenti" (co.1 ). Le parti, dopo che si sia verificata la coesistenza dei crediti, si accordano su di essa rimuovendo gli ostacoli che impedivano la compensazione;

b) "le parti possono stabilire preventivamente le condizioni di tale compensazione" (co.2). In tal caso le parti si accordano preventivamente sulle condizioni in base alle quali la compensazione possa operare in futuro.

Nel primo caso, ci si trova innanzi ad un contratto ad effetti estintivi corrispettivi, e l'estinzione si ricollegerebbe automaticamente alla coesistenza dei due crediti<sup>56</sup>. La giurisprudenza individua in tale forma di compensazione un negozio bilaterale diretto ad elidere le reciproche ragioni di credito, previo riconoscimento della loro esistenza<sup>57</sup>.

Non trovandosi in presenza dei presupposti per le altre forme di cui all'art. 1243 c.c., le parti derogano alle condizioni che realizzano l'estinzione per compensazione, perseguendo il medesimo effetto.

Si tratta di un normale rapporto contrattuale che deve presentare i requisiti essenziali per l'esistenza e necessari per la validità che gli sono propri, e che si risolve in una liquidazione consensuale dei conti.

Il contratto compensativo ha natura costitutiva, essendo i suoi effetti intrinsecamente collegati alla dichiarazione di volontà dispositiva delle parti.

Pertanto, salvo clausola con cui si pattuisca espressamente il contrario, gli effetti si producono *ex nunc*.

---

<sup>56</sup> PERLINGERI, *Dei modi*, 392; SCHLESINGER attribuisce la stessa natura di un contratto con cui le parti si fanno una reciproca remissione del debito, a prescindere dai requisiti ex art. 1243 c.c., in *cit.* 730.

<sup>57</sup> Cass. 18 settembre 1978, n. 4177 in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Obbligazioni in genere*, n.49.

Per ciò che attiene l'ipotesi prevista dal 2°co., la gran parte della dottrina ritiene trattarsi di un accordo regolamentare – preventivo che produce effetti modificativi alla disciplina della compensazione<sup>58</sup>.

La convenzione in questione non presuppone la ricorrenza di alcuna delle condizioni di legge, ed ha la funzione di predisporre una fattispecie regolamentare, modificativa della disciplina prevista dal legislatore, per eventuali compensazioni future.

L'accordo sul regolamento dell'estinzione configura un contratto regolamentare preventivo, ovvero anteriore alla coesistenza dei crediti delle parti, sicché potrà produrre effetti anche in relazione ad obbligazioni non ancora nate o non ancora assunte dagli interessati.

Le parti danno origine ad un accordo che si limita a gettare le basi di una possibile futura estinzione delle obbligazioni reciproche.

L'accordo può essere costitutivo del regolamento di estinzione, o modificativo di un precedente regolamento, sia esso legale o convenzionale. La distinzione rileva in ordine alla produzione degli effetti.

Infatti, nel regolamento volontario costitutivo, le future compensazioni hanno effetto automatico *ex tunc*, dal giorno in cui i crediti reciproci, con le caratteristiche convenzionalmente previste, vengono a coesistere.

Nel caso di accordo modificativo del regolamento legale, si ritiene che l'estinzione si verifichi in seguito all'eccezione di compensazione, a meno che non vi sia un'espressa deroga delle parti in tal senso.

Dunque sarà necessario in prima battuta accertare il contenuto dell'accordo preventivo e, nel caso in cui questo sia modificativo di un precedente regolamento, individuare la fonte di quest'ultimo.

---

<sup>58</sup> La medesima natura modificativa caratterizzerebbe secondo alcuni la c.d. compensazione facoltativa, negozio unilaterale in cui la compensazione dipenda dal potere di una sola delle parti. Molti negano autonomia a questa forma di compensazione, inquadrandola ora nella compensazione legale, (laddove sia una parte a rimuovere un ostacolo che impediva l'operatività della compensazione *ex lege*); ora nella compensazione volontaria. Altri invece propendono per una autonomia della compensazione facoltativa.

Pertanto, tra le due forme di compensazione volontaria previste nell'art. 1252 c.c. esistono profonde differenze che si riverberano sulla sfera degli effetti che ciascuna di esse produce.

Il negozio compensativo si risolve in una fattispecie negoziale estintiva, mentre l'accordo sul regolamento dell'estinzione svolge effetti essenzialmente emendativi della disciplina, legale o convenzionale, della compensazione

I presupposti dell'esigibilità, della fungibilità e dell'omogeneità sono derogabili dalle parti nell'ambito della compensazione convenzionale, purché sia rispettata la condizione della reciprocità dei crediti.

Qualche voce contraria si è sentita in ordine al presupposto della liquidità, non tanto nel senso che tale requisito non possa essere derogato dalle parti, ma nel senso che il negozio in tal caso possa realizzare la funzione (pura) della compensazione, ossia una funzione corrispettiva<sup>59</sup>: infatti un contratto secondo cui si estingue un credito liquido con uno illiquido assumerebbe una natura aleatoria.

Si è ribattuto che ciò non inciderebbe sulla validità del negozio stesso, dal momento che credito illiquido non vuol dire incerto e dunque alcun dubbio potrebbe sorgere sull'esistenza di quest'ultimo e sulla reciprocità delle obbligazioni.

E' interessante la riflessione della dottrina sulla questione attinente alla circostanza se nell'ambito di un accordo compensativo, in virtù dell'inciso *ex art. 1252 c. c.*, le parti possano derogare anche ai divieti di compensazione di cui all'art. 1246 c.c.

Tale riflessione ha per lo più avuto esito affermativo<sup>60</sup>, fermo restando qualche voce discordante, che condivide quanto asserito da

---

<sup>59</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione*, 382.

<sup>60</sup> PELLEGRINI F. *Dei modi*, cit. , BARASSI L. *La teoria*, cit. , PERLINGERI P. *Dei modi*, cit.

giurisprudenza di merito<sup>61</sup> secondo cui l'art. 1252 c.c. non comporterebbe modifiche al regime previsto dall'art. 1246 c.c.

Ad una analisi più approfondita, si è tuttavia reso opportuno operare una distinzione tra deroghe convenzionali a divieti posti a tutela del singolo e possibili deroghe a divieti che rispondano anche a ragioni di interesse generale, come avviene per il credito impignorabile.

Si è quindi fatto osservare che gli ostacoli, in alcuni casi, deriverebbero dai principi generali "sulla liceità dell'oggetto" e sulla imperatività di alcune norme a carattere sociale e umano.

Analizzando gli effetti che produce una compensazione convenzionale, l'effetto estintivo, salvo diversa determinazione delle parti, sarà quello del momento in cui viene manifestato liberamente il consenso. Una volta perfezionatosi il negozio, l'estinzione si verifica automaticamente, senza che occorra un'apposita dichiarazione di volersi avvalere della compensazione.

Pertanto il giudice, in un eventuale giudizio potrà rilevarla d'ufficio.

Con riguardo alla ipotesi contemplata dal 2° co., l'estinzione avverrà quando i crediti vengono ad esistenza e si realizzano le condizioni del regolamento preventivo.

Dal momento che le parti, con l'accordo sul regolamento dell'estinzione, stabiliscono le condizioni in presenza delle quali, senza che occorra un'ulteriore manifestazione di volontà, si verificherà la compensazione delle reciproche obbligazioni, nulla osterebbe alla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice<sup>62</sup>.

In verità, dal *pactum de compensando ex* 1252, c. 2, non sorge un diritto per le parti ad avvalersi del regolamento convenuto, il quale non deve essere necessariamente eccepito. La possibilità che il giudice rilevi la compensazione è, comunque, esclusa nell'esaminata ipotesi dell'accordo modificativo del regolamento legale.

---

<sup>61</sup> Trib. Milano, 31 maggio 1982.

<sup>62</sup> Così PERLINGERI P., *Dei modi*, cit., 397.

In verità, l'accordo delle parti è finalizzato a provocare immediatamente l'estinzione dei crediti reciproci, non limitandosi a rendere possibile l'operare della compensazione legale.

In ultimo, si parla della c.d. compensazione facoltativa quando il creditore, in favore del quale è previsto un impedimento alla compensazione legale, rinuncia al beneficio di far valere quell'ostacolo e chiede di compensare. La parte, ed essa soltanto, può rinunciare a profittare dell'ostacolo alla compensazione. Dunque gode di una facoltà, circostanza che spiega il nome dell'istituto<sup>63</sup>.

Si sono succeduti diversi orientamenti in ordine alla riconducibilità della compensazione facoltativa ora nell'alveo della compensazione legale, ora a quella volontaria.

L'assimilabilità a quest'ultima è di facile intuizione se solo si ponga attenzione alla circostanza che entrambe si possono realizzare soltanto in difetto di una o più condizioni necessarie per la compensazione legale. La differenza consisterebbe nella diversa natura dell'ostacolo, che nella compensazione convenzionale, esisterebbe nell'interesse delle due parti, in quella facoltativa, nell'interesse di una sola parte.

Altri ancora ritengono che tanto la compensazione convenzionale che la facoltativa, sarebbero due *species* dell'unico *genus* della compensazione volontaria, con la prima di natura contrattuale e la seconda risolvendosi in una rinuncia unilaterale.

Di particolare interesse si rivela la questione se la compensazione facoltativa possa essere opposta dalla vittima di uno spoglio, dal deponente, dal titolare di un credito impignorabile, in altri termini dai soggetti in favore del quale l'art. 1246 c.c. ha disposto il divieto di compensare. Tali divieti hanno la *ratio* di tutelare, ora il proprietario ingiustamente spogliato, il depositante, il comodante, il titolare del credito impignorabile, il mutuante.

---

<sup>63</sup> BAUDRY G. – LACANTINERIE – N.STOLFI, *La compensazione*, cit. 225.

Pertanto, il divieto di compensare incombe soltanto sui soggetti nei confronti dei quali la norma è destinata a svolgere i propri effetti.

Ne consegue che il creditori tutelati possono scegliere di non avvalersi della protezione ex art. 1246 c.c. e di opporre la compensazione, giacché è soltanto al titolare del controcredito che è sottratto il diritto di compensare.

### § 9 Il divieto di rilevanza ex officio

Esaminati i requisiti e presupposti della compensazione, nonché le diverse forme in cui si atteggia l'istituto, è necessario compiere un'analisi di quanto disposto dall'art. 1242, co.1, che esclude che il giudice possa rilevare d'ufficio la compensazione, a prescindere dalla circostanza che la coesistenza dei rapporti ed i requisiti della compensazione risultino in atti.

Pertanto, esulando dall'ipotesi in cui l'attore stesso deduca il fatto estintivo come limitazione della propria domanda – chiedendo di ottenere in pagamento dal convenuto quanto gli spetti, dedotto l'ammontare del credito del convenuto stesso verso l'attore – dubbia è la circostanza se il rilievo del giudice possa avere luogo, in assenza di apposita eccezione sollevata dal convenuto nel processo, sulla base della circostanza, risultante in atti, che il debitore convenuto abbia opposto la compensazione con dichiarazione stragiudiziale.

Gli autori che ravvisano nella compensazione una fattispecie a formazione progressiva e che attribuiscono alla dichiarazione stragiudiziale l'effetto di integrare la fattispecie estintiva, giustificano il divieto del rilievo d'ufficio sulla base della circostanza che, difettando una dichiarazione di parte, l'effetto estintivo non si produca, restando invece efficaci i reciproci rapporti.

Diversamente ne conseguirebbe laddove la dichiarazione stragiudiziale di volontà della parte che intende avvalersi della compensazione abbia avuto luogo e risulti agli atti del giudizio. Infatti, perfezionandosi definitivamente l'effetto estintivo, verrebbe meno il fondamento del titolo giustificativo della pretesa creditoria fatta valere in giudizio. Il giudice potrebbe quindi rilevare, in base ai principi generali, la carenza del titolo come condizione dell'azione<sup>64</sup>.

A questo tipo di interpretazione si oppongono una serie di considerazioni.

In primo luogo se la norma avesse l'obiettivo di inibire al giudice un intervento sostitutivo della dichiarazione di parte volto ad integrare l'effetto estintivo, non dovrebbe vietare al giudice di "rilevare" la compensazione, bensì di disporla, laddove il "rilievo" indica la considerazione di un fatto giuridicamente rilevante e dei suoi effetti già compiutisi, mentre la "disposizione" consiste nella costituzione di tali effetti nel corso del giudizio e per attività del giudice.

Da un punto di vista sistematico, deve considerarsi che la vicenda compensativa incide sul rapporto obbligatorio, frapponendo un fatto impeditivo della pretesa creditoria, ma non determinano la caducazione o l'eliminazione del titolo della pretesa. Ciò traspare in maniera lampante con riferimento alla disciplina dei rapporti soggettivamente complessi, in cui la vicenda compensativa non incide sull'attuale validità ed efficacia del titolo di credito. Ad esempio, la compensazione estingue il rapporto solamente per la parte relativa al debitore o al creditore solidale che sia parte del rapporto dedotto in compensazione (*ex art. 1302 c.c.*).

Viceversa, se la compensazione fosse vicenda idonea ad incidere sull'efficacia del titolo della pretesa, l'effetto dovrebbe essere analogo a

---

<sup>64</sup> In questo senso PERLINGERI P., *cit.*

quello determinato dall'adempimento, comportando la liberazione di tutti i condebitori solidali.

In realtà, la compensazione costituisce solo un impedimento all'esercizio della pretesa creditoria relativa alla parte soggetta a compensazione.

A ciò si aggiunga che sotto un profilo schiettamente processuale, resta nella piena disponibilità della parte (*ex art.112 c.p.*) – su cui ricadono i relativi oneri – la scelta di avvalersi dell'effetto di fatti modificativi, estintivi, impeditivi. Ciò vale quanto meno per le ipotesi in cui vi sia una riserva di legge a favore della parte circa la proponibilità dell'eccezione o comunque sia la legge stessa a definire la fattispecie in termini di attribuzione alla parte di un diritto potestativo o di una facoltà<sup>65</sup>.

Così argomentando, si giungerebbe a contestare che la dichiarazione stragiudiziale debba essere rilevata d'ufficio per il solo fatto che costituisca atto perfezionativo della fattispecie estintiva. A meno di non ritenere che, anche con riguardo alle eccezioni che la legge riserva alla parte, l'onere di allegazione sia soddisfatto pure se il fatto estintivo risulti in atti senza essere stato dedotto dall'interessato, ammettendo così che il giudice possa *motu proprio* provvedere a “tradurre” nel processo la volontà manifestata dalla parte anteriormente all'instaurazione del giudizio, ovviamente in base ad una dichiarazione che consti in atti<sup>66</sup>.

Questa tesi è tuttavia fortemente contrastata da chi pone rilievo al dato testuale del divieto officioso riferibile proprio alla vicenda processuale, intendendosi dunque che la facoltà di scelta tra l'estinzione mediante pagamento e l'opposizione della compensazione viene rimessa alla parte fino al momento dell'utile deduzione in giudizio della vicenda estintiva. E d'altronde solo la parte sarà in grado di stabilire se

---

<sup>65</sup> Si pensi a tal proposito al regime della prescrizione, della decadenza.

<sup>66</sup> BURDESE A., MOSCATI E. in *op.cit.*, 215.



tra il fatto deducibile in via di eccezione ed il titolo dedotto dall'attore sussista effettivamente e permanga attualmente quella interrelazione necessaria a determinare l'effetto impeditivo, modificativo o estintivo.

Tutto ciò varrebbe ad escludere il rilievo d'ufficio del fatto impeditivo, estintivo, modificativo nei casi in cui il fatto risulti in atti ma non sia oggetto di allegazione tra le parti. Non varrebbe invece ad escludere il rigetto della domanda nell'ipotesi in cui il fatto in questione emerga dalle stesse allegazioni attoree, contribuendo a definire il *thema decidendum*, alla luce dell'art. 112 c.p.c.

Anche a fronte dell'allegazione attorea, invece, resterebbe escluso il diritto del giudice di sostituire la propria valutazione a quella della parte convenuta, cui la norma rimetta la facoltà di scelta sulla opportunità e la convenienza di dare esecuzione al rapporto ovvero di fare valere un proprio diritto al fine di impedire l'accoglimento della domanda attorea<sup>67</sup>.

Non si può certo aderire alla tesi secondo cui l'unico strumento per far valere la compensazione sia il processo<sup>68</sup>. Certo è innegabile che l'unico strumento di accertamento definitivo dell'effetto compensativo sia la sentenza di un giudice o altro atto equiparabile a tal fine (lodo arbitrale, transazione). Tuttavia può accadere che un giudizio non si instauri affatto e che comunque l'effetto sostanziale dell'estinzione operi ugualmente, ad esempio arrestando il corso degli interessi e vanificando il decorso del tempo ai fini della prescrizione, salva sempre la rinuncia di una o di entrambe le parti.

Infine, a differenza di ciò che accade per la compensazione di cui al 1° e 2° co. dell'art. 1243 si è reso necessario affrontare la questione della rilevanza *ex officio* della compensazione convenzionale. Ci si chiede in particolare, se possa essere rilevata dal giudice o se debba comunque essere eccepita dalle parti.

---

<sup>67</sup> COLESANTI, in *eccezione.*, cit., 193.

<sup>68</sup> SALV. ROMANO, *Appunti*, cit., 221.

Mentre per l'ipotesi dell'accordo compensativo con effetti estintivi (1° comma) la dottrina è concorde nel ritenere che possa procedersi alla rilevabilità d'ufficio<sup>69</sup>, si registrano differenti opinioni per la compensazione che si verifichi ad esito di regolamento preventivo. In tal caso infatti, alcuni optano per la non rilevabilità d'ufficio; altri, invece, distinguendo tra regolamento preventivo con effetti estintivi e regolamento preventivo con soli effetti modificativi del precedente regime, ritengono, rispettivamente, il primo rilevabile dal giudice, il secondo solamente eccepibile dalle parti<sup>70</sup>.

#### § 10 Casi in cui la compensazione non si verifica

Per completezza nella trattazione dell'istituto, si rileva che il meccanismo della compensazione è utilizzabile anche dal fidejussore con riferimento al debito che il creditore ha verso il debitore principale nonché dal terzo che abbia costituito un'ipoteca o un pegno ( ex art. 1247 c.c. nonché art. 1945 c.c.)<sup>71</sup>. Tale fattispecie sarà successivamente meglio approfondita, nell'ambito della casistica affrontata sul punto nella materia fallimentare.

E' altresì opportuno menzionare l'art. 1246 c.c. che dispone che i reciproci debiti sono compensabili qualunque sia il titolo da cui essi

---

<sup>69</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione*, 331; SCHLESINGER, *op. cit.*

<sup>70</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione*, 397; GIULIANO E. *La compensazione*, *cit.* invita a distinguere tra la situazione in cui il diritto - dovere di compensare sia stato già esercitato stragiudizialmente e quella in cui ciò non sia ancora avvenuto. Nel primo caso le parti saranno onerate di darne notizia al giudice; nella seconda ipotesi sarà invece necessaria l'eccezione di compensazione.

<sup>71</sup> Interessante sul tema è Cass. 22 febbraio 2002, n. 2573, in foro it., 2002, I, 2425, secondo cui nel caso di decreto ingiuntivo emesso nei confronti del fidejussore, questi può, con l'opposizione al decreto, eccepire, ai sensi degli artt. 1247 e 1945 c.c., la compensazione col debito che il creditore ha verso il debitore principale garantito, ancorchè tale debito, non ancora scaduto alla data del decreto, diventi esigibile nel corso dell'opposizione.

anno origine, salvo i casi ivi espressamente elencati, indicati dalla dottrina come tassativi<sup>72</sup> e che brevemente si intende ripercorrere.

a) Restituzione di cose ingiustamente sottratte.

L'articolo prevede innanzitutto l'impossibilità di procedere a compensazione nell'ipotesi di credito per la restituzione di cose di cui il proprietario sia stato ingiustamente spogliato. Poiché il chiaro fondamento di questo divieto è rintracciabile in una sanzione del comportamento antigiuridico dello *spoliator*, ne consegue che il divieto *de quo* viene esteso anche al credito per la restituzione per la *aestimatio* in caso di mancata restituzione della res.

La giurisprudenza di legittimità ha sottolineato l'inammissibilità della compensazione dei crediti del mandatario con il credito del mandante derivante dalla illecita circostanza in cui il mandatario abbia utilizzato, per altri fini, una somma di denaro (o anche solo parte di essa) messaggi a disposizione dal mandante per il pagamento dei debiti che il medesimo aveva interesse ad estinguere per evitare la dichiarazione del proprio fallimento. E' ovvio infatti, che il mandatario si rende in tal modo responsabile di un fatto illecito in danno di colui che gli abbia conferito l'incarico. L'ingiusto spoglio previsto dalla norma può infatti concretizzarsi sia nella forma dell'impossessamento, o della espropriazione da parte dell'autore dell'illecito, sia in quella della distrazione a favore proprio o altrui.

b) Restituzione di cose depositate.

Secondo la dottrina tale divieto dovrebbe risultare già dalla circostanza che difetterebbe il requisito della fungibilità delle prestazioni reciproche. E in ogni caso a fondamento di tale divieto vi è il principio dell'affidamento.

c) Crediti impignorabili.

La dottrina ha individuato in questo divieto un requisito per la compensabilità.

---

<sup>72</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione*, 331.

Secondo la giurisprudenza il divieto sarebbe un ostacolo al verificarsi della compensazione solo a carico di chi voglia compensare un proprio credito con quello dichiarato impignorabile, mentre il titolare di quest'ultimo credito potrebbe opporlo in compensazione a chi sia, a sua volta, creditore nei suoi confronti<sup>73</sup>.

d) Rinuncia preventiva.

In tal caso non si tratterebbe di un divieto legale in funzione al titolo di credito, ma ad un atto di autonomia privata, lecito e pertanto produttivo di effetti.

e) Quanto agli "ulteriori divieti espressamente previsti dalla legge", si tratta dell'art. 447 c.c. relativo alla disciplina degli alimenti; all'art. 2271 c.c., in materia societaria; agli artt. 1272 e 1248 c.c., relativi alla estromissione ed alla cessione dei crediti, sia pure in termini di inopponibilità.

Di recente la giurisprudenza di legittimità ha escluso che rientri nello specchio applicativo del divieto di compensazione previsto dal n. 5 dell'art. 1246 c.c. l'ipotesi in cui, nel caso di sottoscrizione dell'aumento di capitale sociale, il socio intenda adempiere l'obbligo di conferimento mediante compensazione col proprio credito nei confronti della società. In tal caso, infatti, la società, pur perdendo formalmente il credito al conferimento, acquista concretamente un valore economico coincidente con la liberazione dal debito corrispondente. Intervenendo la compensazione tra debiti pecuniari, non modifica l'oggetto del conferimento, che avviene pur sempre in danaro, ma solo le modalità di estinzione dell'obbligo di conferire<sup>74</sup>.

Muovendo ad altro tema, con riguardo alla solidarietà passiva, l'art. 1302 , 1° co. c.c. prevede che << ciascuno dei debitori in solido può opporre in compensazione il credito di un condebitore fino alla concorrenza della parte di quest'ultimo>>. Si è ritenuto che, in

---

<sup>73</sup> App. Milano, 13.05.1986, DF, 1987, II, 442.

<sup>74</sup> Cass. 19 marzo 2009, n.6711, in *Fallimento* 2010, 170 con nota di Logoteta.

applicazione di questo principio, nelle società di persone le posizioni creditorie della società debbano essere distinte da quelle debitorie pattiziamamente assunte dai soci. Il socio è comunque legittimato ad opporre in compensazione un credito sociale, a norma degli artt. 1302 e 1273 c.c.

Quanto alla solidarietà attiva, invece, a ciascuno dei creditori in solido il debitore può opporre in compensazione ciò che gli è dovuto da un altro dei creditori, ma solo per la parte di questo (art. 1302 c.c.).

#### §11 La compensazione nel procedimento di esecuzione forzata

E' di indubbio interesse, anche in prospettiva di quanto si affronterà nel successivo capitolo, cogliere gli aspetti problematici inerenti all'estinzione per compensazione nel procedimento di esecuzione forzata.

In via preliminare occorre distinguere il momento di formazione del titolo esecutivo dal momento in cui si procede con l'espropriazione tramite pignoramento di un credito.

Per ciò che attiene alla fase di formazione del titolo esecutivo, la Corte di Cassazione ha in diverse pronunce ribadito che *<<in sede di opposizione all'esecuzione, promossa in base a titolo esecutivo giudiziale, il debitore può invocare soltanto i fatti estintivi o modificativi del diritto del creditore che si siano verificati posteriormente alla formazione del titolo, e non anche quelli intervenuti anteriormente, che avrebbe potuto e dovuto prospettare nel giudizio preordinato alla costituzione di tale titolo. In detta sede, pertanto, deve negarsi la deducibilità in compensazione di crediti che siano preesistenti alla sentenza posta a*

*fondamento dell'esecuzione, e che il debitore avrebbe potuto far valere nel procedimento di esecuzione>><sup>75</sup>.*

Per ciò che attiene al momento in cui si procede al pignoramento del credito, i problemi attengono all'interpretazione dell'art. 2917 c.c., che si avrà cura di approfondire nel successivo capitolo, dal momento che si ravvisa un'applicazione analogica dell'art. 56 l. fall. nella procedura di esecuzione forzata.

L'art. 2917 c.c. prevede che << se oggetto del pignoramento è un credito, l'estinzione di esso per cause verificatesi in epoca successiva al pignoramento non ha effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione>>.

L'aspetto problematico concerne l'ipotesi in cui la coesistenza dei debiti-crediti sia anteriore al pignoramento ma successiva a questo sia l'eccezione di compensazione. Infatti in questo caso ci si chiede quale sia il momento ultimo per eccepire la compensazione.

Nel caso in cui sia il terzo a far valere la compensazione, la dottrina appare divisa.

Alcuni ritengono che, data la natura meramente dichiarativa della sentenza che accerta l'estinzione dei relativi controcrediti, nulla osterebbe all'avvenuta compensazione con effetti *ex tunc*, anche dopo l'avvenuto pignoramento, senza alcun limite<sup>76</sup>.

Altri<sup>77</sup>, presumendo la natura costitutiva della compensazione, ed in ragione della necessità di tutela per il pignorante, ritengono che la

---

<sup>75</sup>Cass. 10 maggio 1978, n. 2259 in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Esecuzione in genere*, n.37; Cass. 25 marzo 1999, n. 2822, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 2738; Cass. 21 luglio 2004, n. 13568, in Guida al diritto, 2005, n.2. Il principio sopra menzionato va derogato nei casi in cui non era proponibile un'eccezione di compensazione nel procedimento di cognizione, cfr. Cass. 6 luglio 1977, n. 2990 in *Rep. Foro it.*, 1977, voce *Obbligazioni in genere*, n.52.

<sup>76</sup>Si suppone infatti che in sede di pignoramento non sia possibile addivenire ad una compensazione giudiziale, dato che, come anche di recente si è espressa la giurisprudenza, se il credito non è di facile e pronta liquidazione il processo esecutivo non può essere interrotto. Cass. 23 luglio 2003, n. 11449.

<sup>77</sup>MICHELI G.A., *Compensazione legale e pignoramento*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, 47; GIULIANO E., *La compensazione*, cit. 67; PERLINGERI P., *Dei modi*, cit. 377.

compensazione possa essere eccepita dal terzo entro lo stesso termine in cui deve essere resa la dichiarazione di cui all'art. 547 c.p.c.

Nel caso in cui sia il debitore esecutato a volere opporre la compensazione nei confronti del terzo dopo il pignoramento, la dottrina prevalente tende ad escludere categoricamente che ciò possa avvenire, visto che dal momento del pignoramento vi è un'assoluta indisponibilità per l'esecutato del proprio credito<sup>78</sup>.

Infine, indubbiamente un profilo di grande interesse ai fini del presente studio – per ciò che concerne gli aspetti assimilabili alla prospettiva fallimentare – riguarda il caso in cui il credito del terzo, preesistente al pignoramento, non sia ancora scaduto quando è cominciata la procedura espropriativa, anche perché l'art. 2917 c.c. nulla dice in proposito.

La dottrina è sul punto divisa. A fronte di chi nega categoricamente che possa essere eccepita la compensazione<sup>79</sup>, c'è invece chi, basandosi sul fondamento generale che l'insolvenza comporta decadenza del termine ex art. 1186 c.c. e che con il pignoramento (che presuppone insolvenza), i debiti si intendono scaduti, asserisce che non vi siano ragioni per escludere la compensazione<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> GIULIANO E., *La compensazione*, cit. 67; PERLINGERI P., *Dei modi*, cit. 377.

<sup>79</sup> REDENTI E., *La compensazione*, cit., 28.

<sup>80</sup> SCHLESINGER P., *voce Compensazione*, cit. 28.

## **Capitolo II**

### **Compensazione nel fallimento**

#### § 1 Art. 56 l. fall. La *ratio*.

Si intende studiare in quale ambito operi la compensazione fra i crediti e i debiti che contribuiscono a comporre il patrimonio fallimentare.

Come si è avuto modo di chiarire nell'ambito del precedente capitolo, le norme previste dal codice civile in materia di compensazione, individuano l'istituto in esame tra i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, volto a evitare pagamenti superflui perché reciproci, e ad attribuire al creditore uno strumento di autotutela nei confronti della controparte.

Il complesso normativo sopra richiamato, appare inidoneo ad integrare la disciplina della compensazione nel fallimento, e quindi in un contesto di insolvenza.

Infatti, all'interno del fallimento, l'esigenza di evitare che vengano eseguite due prestazioni inverse assume un rilievo secondario nella valutazione legislativa sull'ammissibilità della compensazione.

Allo stesso modo, non sarebbe appropriato ricostruire i limiti della compensazione fallimentare facendo riferimento al ruolo che, in un contesto diverso dall'insolvenza, essa svolge a garanzia del credito.

Il previgente codice di commercio non prevedeva la possibilità di compensare i reciproci crediti nel fallimento anche se, nella prassi, si riconosceva l'operatività di una compensazione legale i cui presupposti si fossero verificati prima dell'apertura della procedura concorsuale,



visto che l'art. 1286 del codice civile del 1865 disponeva l'operatività di diritto della compensazione dal momento della sussistenza di tutti i presupposti.

Prendendo le mosse dai capisaldi della legge fallimentare, soltanto la compensazione legale parrebbe in linea con i principi della *par condicio creditorum* e della cristallizzazione del patrimonio del fallito alla data di dichiarazione del fallimento.

Invero, la disciplina della compensazione nel fallimento trova oggi una espressa previsione nell'art. 56 R.D. 16 marzo 1942 n. 267 (di seguito "l. fall.") che - rimasto immutato anche a seguito della recente riforma - dispone che *<<i>creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.*

*Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno anteriore>>.*

La disposizione del 1942 rappresentava un'innovazione idonea a rispondere ad esigenze di equità e veniva sostenuta dall'esperienza di altri ordinamenti di Paesi vicini, come quello allora vigente in Germania.

L'interpretazione della norma in questione merita particolare attenzione perché essa è oggetto tutt'ora, a più di sessant'anni dalla sua emanazione, di vivo dibattito.

Posto che i criteri ermeneutici che guidano l'interprete nella ricerca del senso della legge si fondano sul significato letterale, sull'individuazione della *ratio* che ha animato il legislatore nella redazione della norma, e su valutazioni di carattere sistematico, è innegabile che inizialmente gli operatori del diritto interpretavano la disposizione alla luce dei condizionamenti derivanti dalla disciplina tedesca, che consentiva la compensazione anche ai crediti non scaduti, sottoposti a condizione o non pecuniari.

Solo successivamente, si è assistito ad un impegno più concreto di dottrina e giurisprudenza volto ad una esegesi più puntuale ed autonoma del nostro testo normativo.

Pertanto, per ciò che attiene alla *ratio legis*, l'art. 56 l. fall. risponderebbe secondo molti, a ragioni di equità, peraltro valorizzate dalla relazione alla al Ministro Guardasigilli n. 13, concretizzate nella tutela della posizione in cui viene a trovarsi, di fronte al fallimento, il debitore *in bonis*, titolare a sua volta di un credito sorto anteriormente al fallimento, ma non ancora scaduto alla data di dichiarazione dello stesso, il quale, in assenza di tale disposizione, sarebbe tenuto ad adempiere la propria obbligazione, pagando interamente il proprio debito al fallimento, e solo successivamente potrebbe insinuare nel passivo il proprio credito, rischiando di ricevere dallo stesso, per quanto riguarda il suo credito, solo un importo percentuale, ricevendo la controprestazione in moneta fallimentare<sup>81</sup>.

Invero, dal fondamento equitativo dell'art. 56 co. 1, l. fall., potrebbero essere ritratte implicazioni tali da allargare a dismisura l'ambito della compensazione fallimentare.

Vi è una parte della dottrina che ravvisa una deroga al principio della *par condicio creditorum*, giacché riserverebbe al creditore cui è consentito eccepire la compensazione, un trattamento più favorevole rispetto agli altri creditori<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> SATTA S., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1957, 176. Sul fondamento equitativo dell'art. 56 l. fall. vi è l'indicazione tratta dai lavori preparatori, nella Relazione del Ministro Guardasigilli, n. 13; Cass. 1976 n. 3881 in *Rep. Foro it.*, voce *Fallimento*, 1976, n. 178 e in *Giur. Comm.*, 1977, II, 326.

<sup>82</sup> SCHLESINGER, *op. cit.* 728; .PAIARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 4° ed., Milano, 1993, 361. Contrariamente in dottrina FERRARAJR – BORGIOLI, *Il fallimento*, 5° ed., Milano, 1995, 351, secondo i quali non sarebbe affatto vero “che in sede di fallimento si introduca al principio della *par condicio creditorum* un’eccezione che non esisterebbe in diritto comune, bensì si mantiene in sede di fallimento il regime di diritto comune, non sembrando giustificata la sua soppressione, perché la compensazione ha tradizionalmente e per sua essenza una funzione di garanzia”. A ciò si aggiunga che l'analisi dottrinale ha evidenziato come al principio della *par condicio creditorum* non possa riconoscersi valenza assoluta, poiché esso rappresenterebbe una mera linea di tendenza rispondente ad un'esigenza di “polizia processuale” mirante ad impedire il soddisfacimento di un creditore a

Parte della dottrina ha evidenziato la fragilità e la conseguente pericolosità di ogni costruzione che si limiti a spiegare la *ratio* dell'operare della compensazione in sede di fallimento ricorrendo a ragioni equitative, in quanto tali difficilmente determinabili in modo obiettivo e uniforme<sup>83</sup>.

E' innegabile che l'art. 56 l. fall. rischia di configurare un'eccezione al principio dell'intangibilità del patrimonio del fallito dopo la dichiarazione di fallimento o, come taluno adombra, a quello della indisponibilità dell'attivo fallimentare<sup>84</sup>.

In effetti, nella compensazione fallimentare, l'estinzione delle reciproche obbligazioni riverbera i suoi effetti anche nei confronti dei terzi estranei al rapporto compensativo.

Infatti, con la sentenza dichiarativa di fallimento, gli effetti delle varie azioni che si compiono non colpiscono soltanto la sfera giuridico - patrimoniale del fallito, ma si riflettono sul complesso di tutti i creditori, subentrati *de iure*, con la proposizione della domanda di ammissione al passivo, in tutte le ragioni creditorie del fallito, avendo ognuno di essi acquisito dal momento del fallimento e con la relativa domanda di insinuazione, il diritto a partecipare alla ripartizione proporzionale dell'attivo e, quindi, l'altro correlativo a non vedere depauperato l'attivo fallimentare<sup>85</sup>.

In dottrina si ritiene che il legislatore fallimentare abbia inteso rispettare, oltre alle cause legittime di prelazione, anche altri strumenti giuridici di "autotutela" a disposizione dei creditori, per cui <<la compensazione sarebbe una forma di difesa del creditore>><sup>86</sup>.

---

scapito di altri creditori. ROPPO, *la responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 1997, 508.

<sup>83</sup> FOSCHINI, *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965 pag. 13 e ss.

<sup>84</sup> VIGO, *Compensazione del credito pignorato e compensazione nel corso del fallimento*, Giuffrè, Milano, 1994.

<sup>85</sup> BALSAMO, *La compensazione fallimentare* in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 356 e ss.; in giurisprudenza, Cass. 23 febbraio 1951, 453, in *Foro it.* 1951, I, 1297.

<sup>86</sup> FERRARA F., *Il fallimento*, Milano, 1974, 237; FOSCHINI F., *La compensazione nel fallimento*, Napoli, 1965, 33.

E' evidente che l'operatività della compensazione realizza un pagamento integrale<sup>87</sup>, quindi analogo a quello prededucibile.

La formulazione dell'art. 56 l. fall. è affrontata dal punto di vista del creditore *in bonis* e non già del curatore. Ciò in quanto l'interesse alla compensazione, che si traduce nella sottrazione di determinate posizioni al concorso formale e sostanziale, è del creditore e non già del curatore.

Anzi, quest'ultimo nutre un interesse esattamente contrario, volto alla integrale riscossione dei crediti ed al pagamento dei debiti concorsuali in moneta fallimentare.

In ultimo, la circostanza che nell'ambito della disciplina della compensazione fallimentare non figuri alcuna distinzione in ordine all'applicabilità tra diverse categorie di creditori, implica inevitabilmente una valutazione in termini di iniquità derivante dall'esonero del creditore chirografario titolare del credito oggetto di compensazione, dalle regole del concorso formale e sostanziale.

Ancor di più se si ponga mente alla circostanza che nel caso di creditore chirografario l'incertezza risiede non solo sull'integrità del pagamento, ma anche sull'*an* della soddisfazione<sup>88</sup>.

## § 2 Ambito di applicabilità della norma

Nell'ambito della procedura fallimentare non ha rilievo giuridico il fatto che il creditore-debitore *in bonis* si sia avvalso della compensazione anteriormente alla dichiarazione di fallimento o che se ne avvalga successivamente ad essa se, comunque, anteriormente alla dichiarazione di fallimento i crediti fossero già compensabili.

---

<sup>87</sup> Diversamente da quanto accade normalmente, per cui il fallimento riscuote per l'intero e paga in percentuale. Salvo il caso in cui anche controparte sia insolvente.

<sup>88</sup> PAJARDI P., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1986, 344; PROVINCIALI R., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1970.

La legge fallimentare, infatti, non pone per coloro che rilevarono prontamente la compensabilità dei crediti regole diverse da quelle fissate per quanti si avvalgono della compensazione in un secondo momento.

Non è ragione di più forte tutela la rapidità nell'esercizio del potere di compensazione, e non vi è alcun incentivo alla <<corsa>> dei creditori verso la compensazione<sup>89</sup>.

Il tenore letterale apparentemente inequivoco del co. 1 dell'art. 56 l. fall. parrebbe consentire l'opponibilità in compensazione al curatore del credito vantato nei confronti del fallito, ma ancora non scaduto al momento della dichiarazione di fallimento da soggetto che nel contempo sia anche debitore del fallito<sup>90</sup>.

La disciplina avrebbe come base interpretativa l'art. 1186 c.c., secondo il quale l'insolvenza del debitore determina la decadenza dal termine; dal momento che il fallimento di un soggetto rivela indubbiamente l'insolvenza dello stesso, la dichiarazione di fallimento implicherebbe, quindi, la decadenza del termine e l'esigibilità del credito.

Infatti si è avuto modo di osservare che nella disciplina ordinaria dei rapporti obbligatori, l'art. 1186 c.c. si compone di due elementi, poiché la decadenza del debitore dal termine è subordinata tanto all'insolvenza, quanto all'iniziativa del creditore che eserciti anticipatamente il suo diritto. In mancanza della richiesta di pagamento

---

<sup>89</sup> L'importanza della norma va colta anche con riferimento alle implicazioni da essa ricavabili attraverso il raccordo con le norme riguardanti <<gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli sui creditori>>. Infatti, in quanto consente al creditore-debitore in bonis di avvalersi della compensazione in corso di fallimento, l'art. 56, co. 1 l. fall. stabilisce che anche l'esercizio del medesimo potere in epoca anteriore al fallimento è opponibile ai creditori concorrenti; e che dunque la compensazione non è, come tale, uno degli atti pregiudizievoli ai creditori, come sono viceversa considerati gli atti solutori. BONELLI G., *Del fallimento*.

<sup>90</sup> INZITARI, B. *op.cit.*, a giudizio del quale, in assenza dell'art. 56 l. fall. "la compensazione avrebbe potuto avere luogo secondo il diritto comune solo in quei casi in cui fosse stata dal creditore già opposta, con apposita dichiarazione a questo fine diretta, prima della dichiarazione di fallimento".

anticipato da parte del creditore, l'insolvenza, da sola, non produce l'immediata scadenza del termine<sup>91</sup>.

Diversamente, nel fallimento la fattispecie si semplifica, e si riduce alla sentenza che accerta l'insolvenza e apre il concorso: è sufficiente la dichiarazione di fallimento per aversi decadenza dal termine, e quindi, ai fini della compensazione, l'esigibilità.

E' plausibile quindi l'assunto sostenuto in dottrina secondo cui la scadenza dei debiti del fallito, sia ai fini del concorso, sia ai fini della compensazione fallimentare, venga a coincidere con la dichiarazione di fallimento.

Si ritiene<sup>92</sup> estranea all'ambito di operatività della norma l'ipotesi in cui il credito concorsuale corrispondente al debito parimenti concorsuale, sia omogeneo, liquido ed esigibile sin dalla data antecedente alla data di dichiarazione di fallimento.

Infatti, il creditore titolare di un credito scaduto, liquido ed esigibile alla data di dichiarazione di fallimento, in virtù del meccanismo civilistico della compensazione legale, realizza da subito il proprio credito attraverso l'estinzione del proprio corrispondente debito. Sicché alla data di dichiarazione di fallimento egli non sarebbe più creditore del fallito.

E' questa l'unica ipotesi in cui la dottrina e la giurisprudenza si ritrovano concordi sull'opponibilità della compensazione al fallimento, ossia quella in cui nel corso della procedura la parte *in bonis* dichiara di voler compensare crediti che erano già compensabili anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

Infatti, in ambito concorsuale la compensazione è destinata ad operare con pienezza qualora i presupposti che integrano la fattispecie della compensazione legale si siano verificati antecedentemente alla dichiarazione di fallimento, ossia quando i crediti e debiti vantati

---

<sup>91</sup> FOSCHINI M., *op. cit.*, 58 e ss. Cass. 2 luglio 1984, n. 3865, in Giust. Civ., 1984, I, 3023.

<sup>92</sup> ANGELINA MARIA PERRINO, *Compensazione in sede di fallimento*, in *La legge fallimentare dopo la riforma I*, Giappichelli, Torino, 2010.

rispettivamente dalla parte *in bonis* e dal fallito fossero omogenei, liquidi ed esigibili da quell'epoca, compensabili benché non compensati.

In applicazione della regola generale ex art. 1242 c.c., il creditore *in bonis* che a propria volta sia debitore del fallito, potrà evitare di assoggettare la propria posizione alle regole del concorso, proprio perché già alla data della dichiarazione di fallimento, in virtù dell'operatività della compensazione legale, egli ha perso la qualità di creditore del fallito, elisa dalla corrispondente qualità di debitore.

E' altresì estranea all'ambito di applicazione della norma l'ipotesi in cui la relazione di debito - credito si sia determinata dopo il fallimento, ma ad opera del curatore, nell'interesse della massa dei creditori.

Anche questo caso si presterebbe infatti ad essere regolato in pieno dalle regole civilistiche sulla compensazione.

Viceversa, appaiono problematiche le ipotesi di compensazione contestuale alla dichiarazione di fallimento.

Esse si avverano, ad esempio, in relazione al credito concorsuale non pecuniario che concorre secondo il suo valore pecuniario alla data della dichiarazione di fallimento; quando un contratto in corso di esecuzione si scioglie immediatamente per effetto del fallimento, e in capo al fallito sorgono crediti o debiti verso una controparte che, per altro verso, sia già debitrice o creditrice del fallito; con riguardo al credito sorgente dalla revoca *ope legis* ai sensi degli artt. 64 e 65 l. fall., ove il terzo revocato sia per altro verso creditore del fallito.

Come si vedrà, di particolare interesse è il caso in cui i crediti che divengono compensabili nel corso del fallimento sorgono da contratti pendenti che non si sciolgono per effetto del fallimento (mandato *in rem propriam* all'incasso, locazione).

Può avvenire che una sentenza pronunciata nel corso della procedura su domanda proposta anteriormente al fallimento, attribuisca un credito concorsuale a chi era già, per altro verso, debitore del fallito.

In caso di pronuncia giurisdizionale meramente dichiarativa, il credito sarà anteriore al fallimento e si compenserà con crediti reciproci (compensazione ordinaria)<sup>93</sup>.

In caso di sentenza costitutiva, questa farebbe sorgere un credito concorsuale in capo alla parte *in bonis*, non vi sarebbe compensazione con il credito reciproco del fallito, già sottoposto al vincolo fallimentare<sup>94</sup>.

Parimenti controverso è stato il tema della applicabilità della compensazione in relazione a crediti non preesistenti che, al contrario, sorgono nel corso della procedura.

### § 3 I crediti della massa

Viene in esame la compensabilità dei crediti che sorgono, o comunque vengono acquisiti, nell'attivo fallimentare, contestualmente alla dichiarazione di fallimento o in pendenza di fallimento.

L'opinione largamente seguita distingue fra crediti del fallito e crediti della massa.

I primi sarebbero reciproci rispetto ai debiti assunti a suo tempo dal fallito e compensabili con essi; gli altri sarebbero reciproci e compensabili solo con i debiti pagabili in prededuzione ("debiti della massa"), visto che diversamente si rischierebbe di consentire comportamenti preferenziali nei confronti di alcuni creditori.

---

<sup>93</sup> Così ad esempio, il credito della parte *in bonis* alla restituzione della somma versata in esecuzione di un contratto nullo si compensa con un credito reciproco del fallito. VIGO. R., in *op.cit.*, 54.

<sup>94</sup> Se anteriormente al fallimento è stata proposta dal compratore *in bonis* una domanda di annullamento, di rescissione, o di risoluzione, deriva dalla sentenza il credito alla restituzione degli acconti pagati. Ma tale credito, che sorge nel corso del fallimento, non è compensabile con il credito reciproco già vincolato alle ragioni dei creditori. L'opinione contraria si fonda sul rilievo che la sentenza che dichiara la risoluzione retroagisce al momento della domanda. In questo senso INZITARI B., *op. cit.*



In difetto di reciprocità, non vi sarebbe compensazione fra i crediti della massa ed i debiti assunti dal fallito anteriormente al fallimento.

Un primo criterio adottato dalla giurisprudenza per stabilire se un credito sia qualificabile come credito del fallito o credito della massa è quello cronologico: sarebbero imputabili al fallito i rapporti obbligatori la cui fonte sia un fatto anteriore alla dichiarazione di fallimento; farebbero capo alla massa gli altri rapporti obbligatori<sup>95</sup>.

Peraltro la giurisprudenza ritiene insufficiente tale criterio cronologico in relazione ai rapporti obbligatori nascenti da contratti pendenti nei quali il curatore subentra.

E l'interpretazione appare ancor più complessa in ordine alla considerazione secondo cui crediti del fallito sarebbero anche taluni crediti sorti nel corso del fallimento o contestualmente al fallimento, eppure muniti di un fondamento causale anteriore.

Una fattispecie nella quale risulta in modo esemplare come sia controvertibile l'inquadramento dei crediti nelle categorie giurisprudenziali è dato dal fallimento del compratore con riserva di proprietà.

E' il caso in cui il curatore fallimentare dell'acquirente decida di non subentrare nel rapporto.

In tal caso il venditore *in bonis*, da una parte, diviene obbligato a restituire al fallimento le rate riscosse e, dall'altra, acquista il diritto ad un equo compenso per l'uso della cosa (art. 1526 c.c.).

La giurisprudenza prevalente ha affermato che i due crediti ineriscono al patrimonio del fallito e sono quindi reciproci e compensabili<sup>96</sup>.

Di contro la dottrina ha obiettato che il credito alla restituzione delle rate fa capo alla massa, mentre il diritto all'equo compenso va ammesso al chirografo<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Cass. 1991/3006 cit., in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1992, II.

<sup>96</sup> Cass. 9 maggio 1964, 1113, in *Giur. It.*, 1965, I, 1, 448 ss..

#### § 4 Presupposti e requisiti

Presupposto indispensabile di operatività anche della compensazione in sede fallimentare è la reciprocità dei debiti e dei contrapposti crediti.

Non vi è dubbio che i contrapposti crediti debbano sussistere in capo ai medesimi soggetti (essendo la reciprocità una regola del sistema civilistico).

In ossequio a questa regola, si afferma l'esclusione dell'applicazione della compensazione nel caso in cui il creditore sia titolare di un credito concorsuale, ma sia debitore nei confronti della massa<sup>98</sup>.

Infatti, nel caso in esame le relazioni debito-credito intercorrono tra soggetti diversi, in quanto il credito inerisce a rapporto intercorso tra il creditore ed il fallito, laddove il debito deriva dalla relazione tra il curatore nell'interesse della massa ed un debitore *in bonis*.

Conseguentemente il debitore *in bonis* sarà tenuto a pagare integralmente il debito assunto nei confronti del curatore, mentre dovrà insinuarsi al passivo per ottenere il pagamento in moneta fallimentare del proprio credito concorsuale.

Coerentemente a quanto sopra, la giurisprudenza ha escluso l'operatività dell'art. 56 l. fall. tra il credito concorsuale nei confronti del fallito ed il debito di restituzione insorto a seguito dell'esperimento dell'azione revocatoria, atteso che quest'ultimo è un debito verso la massa, e non verso il fallito, e pertanto manca - perché possa operare la

---

<sup>97</sup> ZANARONE G., *op. cit.*,

<sup>98</sup> Trib. Napoli, 13 luglio 1981, in *Fallimento*, 1982, 1476, in ordine alla esclusione della compensazione fra un credito concorsuale ed un debito assunto dal curatore durante l'esercizio provvisorio dell'impresa.

compensazione - il requisito della reciprocità delle obbligazioni, non correndo rapporti di debito e credito tra i medesimi soggetti<sup>99</sup>.

In effetti, l'obbligazione di restituzione delle somme che, per effetto dell'accoglimento della domanda del curatore, grava sul convenuto in revocatoria sorge direttamente nei confronti della massa dopo la dichiarazione di fallimento ed è correlata alla natura costitutiva della sentenza che accoglie la domanda; laddove il credito che si vorrebbe opporre in compensazione era tale nei confronti del debitore poi fallito.

Alla stessa logica risponde l'esclusione della compensazione - a seguito della presentazione della dichiarazione finale dei redditi da parte del curatore - tra il credito vantato dall'amministrazione finanziaria nei confronti dell'imprenditore fallito ed il debito della stessa amministrazione nei confronti della massa dei creditori.

E ciò sia perché diversi sono i soggetti delle opposte ragioni di dare e avere, in quanto il credito opposto dall'erario ha come soggetto passivo l'imprenditore fallito, mentre quello fatto valere dal fallimento con la dichiarazione finale è un credito della massa, sia perché - compensando tali ragioni di dare e avere - verrebbero pregiudicati illegittimamente i creditori concorsuali, in violazione del principio di parità di trattamento<sup>100</sup>.

La mancanza di reciprocità, con conseguente inoperatività del meccanismo della compensazione, si avrà altresì nell'ipotesi speculare

---

<sup>99</sup> Cass. 19 novembre 2008 n. 27518 in *Fallimento* 2009, 619; Cass. 5 luglio 2000, n. 8978 in *Fallimento* 2001, p753 con nota di Limitone; Cass. 14 ottobre 1998, 10140, *Foro it. Rep.* 1998, in voce *Fallimento*, n. 527.

<sup>100</sup> Si pensi al caso in cui l'amministrazione finanziaria vanti un credito nei confronti dell'imprenditore fallito e che poi, durante la procedura, la massa dei creditori vanti un credito iva nei confronti della stessa amministrazione finanziaria. In questo caso il credito della massa non potrà essere posto in compensazione perché esiste una discrasia temporale tra i due crediti, essendo nato uno appunto, dopo la dichiarazione di fallimento. In questo caso, inoltre, sono diversi anche i soggetti in capo ai quali si sono manifestate le ragioni del dare e dell'avere. Per questi motivi la Cassazione in sentenza n. 19169 del 2003 in *Fallimento*, 2004, n. 1353 con nota di Stesuri ha ritenuto che non si possa procedere alla compensazione del credito che dovesse emergere dalla presentazione della dichiarazione iva ex art. 74 bis, d.p.r. 633/1972. In tal caso la curatela, ad avviso della Suprema Corte, potrebbe solo chiedere il rimborso dei versamenti effettuati in eccedenza, considerato che tale dichiarazione è come se di fatto costituisse la cessazione dell'attività da parte dell'imprenditore.

della relazione tra un debito concorsuale ed un credito nei confronti della massa.

In tal caso sia il debitore che il curatore dovranno pagare integralmente il rispettivo debito<sup>101</sup>.

E' possibile opporre in compensazione al curatore il proprio credito nei confronti del fallito, quando il curatore faccia valere diritti o esercitazioni già presenti nel patrimonio del fallito ed agisca quindi quale successore del fallito.

#### § 5 L'anteriorità al fallimento del momento genetico

Oltre alla necessaria reciprocità tra crediti e debiti, non v'è dubbio che la chiave di volta nell'operatività del meccanismo della compensazione fallimentare sia rappresentata dalla rilevanza attribuita al momento genetico delle rispettive obbligazioni: ogniqualvolta esse risultino anteriori alla sentenza dichiarativa di fallimento, la compensazione potrà essere efficacemente opposta.

Si adduce che dovrebbe darsi rilievo non alla insorgenza <<nominale>> del credito, ma all'anteriorità della sua <<radice causale>>.

La norma non richiede espressamente che i debiti ed i crediti reciproci debbano essere preesistenti alla dichiarazione di fallimento.

Invero, la necessaria preesistenza al fallimento del credito vantato dal creditore *in bonis* si evince dalla previsione che tale credito debba sussistere nei confronti del fallito e debba dunque essere "concorsuale".

---

<sup>101</sup> Ciò avviene per ragioni di opportunità per cui, qualora il fallimento non abbia attivo sufficiente a soddisfare i debiti di massa, l'applicazione del meccanismo compensativo comporterebbe la fuoriuscita dall'attivo fallimentare di un credito, pure a fronte dell'impossibilità di soddisfare il corrispondente debito. Pertanto taluni ritengono che sia ammissibile in questi casi la compensazione soltanto se vi sia capienza di attivo, MAZZOCCA, in *Manuale di diritto fallimentare*, Jovene, Napoli, 1996, 248.

Pertanto, il presupposto della preesistenza alla dichiarazione di fallimento dei rapporti di credito e debito, per cui si richiede la compensazione, lo si deduce, da un lato dal tenore letterale della norma che, consentendo la compensazione di crediti verso il fallito “ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento”, ammette implicitamente la preesistenza dei due rapporti; nonché dalla collocazione sistematica dell’art. 56 l. fall., inserito nella sezione che disciplina i rapporti obbligatori già sorti al momento della dichiarazione, e dunque volta a regolare gli effetti del fallimento nei confronti di coloro i quali risultino essere creditori al momento della sentenza dichiarativa di fallimento.

Secondo un risalente orientamento, la Corte ha ritenuto che l’art. 56 l. fall. non operi con riguardo al debito del creditore per la restituzione di somme incassate in occasione della stipulazione di un contratto preliminare di vendita - del quale il curatore abbia poi promosso lo scioglimento *ex art. 72 l. fall.* - in quanto in tal caso, il fatto generatore della situazione giuridica di compensabilità verrebbe in essere solo posteriormente rispetto all’inizio della procedura concorsuale e le rispettive posizioni creditorie non deriverebbero dal medesimo rapporto contrattuale<sup>102</sup>.

Successivamente intervenendo sulla medesima fattispecie del caso di fallimento del promissario acquirente, e mutando il precedente orientamento, le SS. UU. hanno affermato che la dichiarazione del curatore di scioglimento dal vincolo contrattuale *ex art. 72 l. fall.* agisce sul vincolo stesso caducandolo sin dall’origine, con la conseguenza che il credito restitutorio per le attribuzioni patrimoniali, eventualmente compiute dal promissario compratore fallito, è compensabile col

---

<sup>102</sup> Cass. 19 novembre 1996, n. 10097, Foro it., Rep. 97; Cass. 29 maggio 1992, n. 6512, in Fallimento, 1993, 24. e, a differenza di ciò che si verifica con riguardo ad ipotesi di scioglimento, ai sensi della medesima norma, del contratto di vendita con patto di riservato dominio - con riguardo al credito dell’una parte per la restituzione delle rate pagate ed a quello dell’altra per l’indennità relativa all’avvenuto uso della cosa .

controcredito vantato dal promittente venditore *in bonis*, in quanto non trova la sua fonte nella condotta bensì direttamente nel contratto.

L'opzione prescelta è la più coerente con i principi della concorsualità, in quanto pone sul medesimo piano tutte le posizioni creditorie che si formino antecedentemente al fallimento.

Invero, al fine di una puntuale esegesi, e a seguito delle SS. UU. del 1999 sopra richiamate, in adesione al pensiero dottrinario maggioritario, si è preferito optare per una lettura sistematica dell'art. 56 l. fall. con l'art. 2917 c.c., norma dettata per il pignoramento, che si dovrebbe leggere sostituendo il termine "fallimento" a "pignoramento" e "creditori concorsuali" a "creditore pignorante".

La dottrina<sup>103</sup> ha rilevato come in passato un limite della giurisprudenza di legittimità<sup>104</sup> fosse stato proprio quello di considerare l'art. 2917 c.c. estraneo al sistema di cui all'art. 56 l. fall. tenuto conto della specialità della disposizione concorsuale.

Ai sensi dell'art. 2917 c.c. non è opponibile al creditore pignorante l'estinzione del credito pignorato "*per cause verificatesi in epoca successiva al pignoramento*".

Pertanto, non sarebbe ostativa alla applicazione più ampia dell'art. 56 l. fall. la regola di cui all'art. 2917 c.c., per la semplice ragione che

---

<sup>103</sup> BOZZA, *Compensazione dei crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *Fallimento*, 1999, 426.

<sup>104</sup> Cass. 20 marzo 1991 n. 3006, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 1717 con nota di Lo Cascio. Con la sentenza 3006 del 1991, è stato affermato il principio secondo cui l'eccezione di compensazione è ammessa anche quando, pur esistendo i crediti contrapposti alla data della dichiarazione di fallimento, manchi ad essi il requisito della reciproca esigibilità, poiché il credito verso il fallito o quello del fallito non sono ancora scaduti.

Prima di questo *revirement*, in ossequio all'interpretazione letterale dell'art. 56 l. fall. la possibilità di compensare, concessa a chi doveva adempiere un debito scaduto, era negata al debitore che, alla data di dichiarazione di fallimento, beneficiasse di un termine. Tale orientamento giurisprudenziale riceveva numerosi consensi in dottrina, pur generando una notevole disparità di trattamento fra situazioni analoghe. Non appare molto diversa, infatti, la situazione di colui che è debitore in forza di un debito scaduto e quella di colui che gode ancora di un termine; e se una differenza di trattamento deve esserci, sembra fra l'altro che il favore debba andare al secondo, e non al primo.

anche tale norma va interpretata nel senso che non sono opponibili al creditore pignorante le cause di estinzione del credito che si verificano dopo il pignoramento ove si consideri come scriminante il momento genetico della formazione del credito da opporre in compensazione e non il momento in cui la compensazione viene eccepita<sup>105</sup>.

Non sarebbe pertanto possibile opporre al fallimento, cioè eccepire in giudizio, una compensazione operante in un momento successivo all'aprirsi dell'esecuzione collettiva.

Secondo alcuni<sup>106</sup> l'"ostacolo" rappresentato dall'art. 2917 c.c. potrebbe essere interpretato come relativo ai soli casi di estinzione del debito per atto volontario del debitore, consentendo così di opporre anche una compensazione intervenuta successivamente al pignoramento o al fallimento, purché fra crediti sorti anteriormente.

## § 6 Esigibilità

Con riguardo all'operatività della compensazione nel caso di debiti e crediti anteriori all'apertura della procedura concorsuale, se per i crediti verso il fallito ciò risulta dal fatto che soltanto per questi è necessaria una espressa previsione per sottrarli alla falcidia fallimentare, più complesso è il discorso per i debiti verso il medesimo.

Secondo alcuni autori<sup>107</sup>, anche se <<anomalo>> nell'ottica del sistema fallimentare, il primo comma dell'art. 56 costituisce pur sempre, al tempo stesso, un'espressione dei principi generali in tema di compensazione, in quanto non fa che individuare un particolare tipo di

---

<sup>105</sup> In senso critico PANZANI, *compensazione e fallimento: esigibilità e liquidità del credito e obbligazioni restitutorie in caso di scioglimento del contratto pendente, in fallimento*, 2000, 537.

<sup>106</sup> BERTACCHINI E., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè.

<sup>107</sup> M. TERENCEHI, in *il pagamento del fidejussore ed operatività della compensazione*, in il Fallimento, 1998, 98.

compensazione legale, caratterizzato dal fatto che uno dei due crediti contrapposti possa non essere ancora scaduto.

In dottrina si è assistito ad un alternarsi di autorevoli opinioni al riguardo, per cui taluni asseriscono che la compensazione sia applicabile non soltanto quando a non essere scaduto alla data di dichiarazione di fallimento sia il credito del terzo, ma anche quando tale scadenza riguardi il credito del fallito<sup>108</sup>; altri, reputano non ammissibile la compensazione con un debito verso il fallito non ancora scaduto<sup>109</sup>.

In questa prospettiva, accedendo alla tesi che riconosce alla compensazione effetti estintivi *ipso iure* (ed *ex tunc*, ovviamente), attribuendo alla eccezione della parte interessata a dedurla il mero ruolo di un requisito di operatività di un'estinzione già avvenuta, si deve concludere che il primo comma dell'art. 56 l. fall. sia disposizione tutt'altro che peculiare.

Sicuramente più originale sarebbe stata una norma di segno opposto, finalizzata a rendere inoperativo ed a porre nel nulla un effetto estintivo sostanzialmente già verificatosi.

Quest'ordine di considerazioni dovrebbe indurre ad una certa cautela quegli interpreti che, ravvisando nell'art. 56, 1° co. un'eccezione, e nel comma successivo un'eccezione all'eccezione (e pertanto una riaffermazione della regola del concorso), tendono a dilatare il più possibile l'ambito di quest'ultima.

In effetti, molti ritengono che la disciplina prefigurata dall'art. 56 l. fall. sia speciale rispetto a quella ordinaria dettata dal codice civile.

Ampiamente dibattuti sono stati i confini della summenzionata specialità.

---

<sup>108</sup> Massimo Franzoni, *Le obbligazioni a cura di* Ezio Guerinoni, UTET, 516.,

<sup>109</sup> PERLINGERI P., *Dei modi*, cit., 313; GIULIANO E., *La compensazione*, cit. 166; INZITARI B., *Effetti*, cit. 128; FOSCHINI, *La compensazione*, 63.



Se da un lato, le ragioni equitative hanno indotto ad ampliare il quadro applicativo della norma, dall'altro, la paventata violazione della *par condicio creditorum* ha imposto delle scelte rigorose.

A ciò si aggiunga che la norma è assai stringata ed ha ingenerato numerosi dubbi interpretativi.

Dalla anteriorità del fatto genetico alla apertura del concorso quale unico limite alla operatività della compensazione in sede fallimentare, e dunque dall'attribuzione di un'accezione ampia al concetto di "preesistenza", è derivata un'espansione dei confini della compensazione in seno alle procedure fallimentari, ritenendo ammissibile la compensazione anche quando il controcredito del fallito divenga liquido ed esigibile dopo il fallimento, purché il fatto genetico dell'obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che è sufficiente che i requisiti di cui all'art. 1243 c.c. ricorrano da ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia<sup>110</sup>.

La Suprema Corte, infatti, dopo aver chiarito la necessaria preesistenza al fallimento dei reciproci debiti e crediti da compensare, si è altresì occupata della precisazione dell'esatta portata che tale requisito deve assumere rispetto al credito vantato dall'imprenditore fallito.

I giudici di legittimità negano che il credito del fallito, oltre ad essere sorto anteriormente all'apertura della procedura concorsuale, debba anche risultare esigibile prima della dichiarazione di fallimento.

Al riguardo, limitatamente ai crediti verso l'imprenditore dissestato, lo stesso art. 56 , 1° co., conferma l'irrilevanza dell'esigibilità, precisando che essi sono compensabili <<ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento>>.

Con riferimento ai crediti del fallito, invece, tale norma non prevede alcunché, ragion per cui si sono profilati due contrapposti orientamenti

---

<sup>110</sup> S.S. U.U. Cass. Del 16 novembre 1999, n.775 e 2 novembre 1999, n. 755, *Foro it.* , 2000, I, 2892.

giurisprudenziali, variamente suffragati dalle opinioni formulate in ambito dottrinale.

In base alla tesi più risalente, si ritiene inapplicabile la compensazione fallimentare quando il credito del fallito – nei confronti del creditore *in bonis* – non risulti esigibile già dall’inizio della procedura concorsuale<sup>111</sup>.

La necessità che sia ravvisabile anche l’esigibilità di tale credito si evincerebbe dalla stessa normativa afferente l’istituto in esame, atteso che l’art. 56, co. 1° l. fall., derogherebbe alla disciplina comune della compensazione legale di cui all’art. 1243 c.c. soltanto laddove consenta l’operatività della compensazione fallimentare anche quando il credito verso il fallito non sia scaduto prima della dichiarazione di fallimento.

Di conseguenza, le altre limitazioni alla compensazione previste dalla generale disciplina codicistica rimarrebbero pienamente vigenti, ivi inclusa quella inerente all’esigibilità dei crediti del fallito.

Per supportare siffatta conclusione è stato anche osservato che la cristallizzazione delle situazioni debitorie – creditorie alla data di dichiarazione di fallimento rappresenta un principio essenziale della procedura fallimentare, al quale si può derogare solamente mediante un’espressa disposizione, come quella che ai fini della compensazione riguarda la scadenza dei crediti verso il fallito, onde nessuna ulteriore deroga potrebbe essere ammessa in assenza di specifica previsione<sup>112</sup>.

Ad ulteriore suffragio della esposta tesi risalente, si è argomentato con riferimento alla possibile rinuncia al termine di cui all’art. 1184 c.c., evidenziando la assoluta diversità di scopo che assumerebbe una simile rinuncia in ambito di compensazione nel fallimento.

---

<sup>111</sup> Cass. 11 novembre 1998, n. 11371 in *Fallimento*, 1999, 417; Cass. 10 aprile 2000, n. 4530, in *Fallimento*, 2001, 305; Cass. Sez. Un., 26.07.1990, 7562, *GI*, 1991, I, 1, 168; GC, 1990, I, 1942; Cass. 14.04.1992, 4542, *DF*, 1993, II, 115; *Fa*, 1992, 993.

<sup>112</sup> PANZANI, *Compensazione e fallimento*, 542; GIACALONE, *Compensazione nel fallimento: nuovo intervento delle Sezioni Unite*, in *Giust. civ.*, 2000, I, 353 ss; BOZZA, *Compensazione dei crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *fallimento*, 1999, 417

Infatti, mentre al di fuori del fallimento la rinuncia in questione è norma a sfavore del creditore – debitore (*in bonis*), in quanto, proprio a seguito della rinuncia, deve eseguire la prestazione, viceversa, l'unico fine della rinuncia nell'ipotesi di fallimento sarebbe invece quello di sottrarsi al pagamento in favore della massa per evitare che il proprio credito venga soddisfatto in moneta fallimentare.

Si è quindi precisato che in tali casi non si sarebbe potuta legittimamente invocare l'applicabilità dell'art. 1184 c.c. in tema di rinunciabilità, da parte del debitore (del fallito), del termine di adempimento stabilito, esplicitamente o implicitamente, in suo favore, e rendere, per l'effetto, surrettiziamente esigibile nei suoi confronti il credito del fallito, sottraendosi conseguentemente alle regole della *par condicio* della procedura concorsuale<sup>113</sup>.

Dalla dottrina è stato osservato che l'interpretazione secondo la quale soltanto il creditore-debitore del fallito potrebbe avvalersi dell'art. 56 l. fall. sarebbe “non conveniente” nei confronti del fallimento, dal momento che il singolo creditore – debitore potrebbe essere meno solvibile del fallito e per di più non soggetto ad alcuna procedura concorsuale in cui il fallito possa avvalersi della compensazione<sup>114</sup>.

La Cassazione<sup>115</sup> da ultimo ha quindi operato un'inversione di rotta, condividendo alcune conclusioni elaborate in dottrina e prevedendo che l'eventuale inesigibilità del credito del fallito, constatata all'inizio della procedura concorsuale, non avrebbe carattere ostativo rispetto alla compensazione fallimentare, il cui unico limite risulterebbe l'anteriorità al fallimento del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> Cass., 11.11.1998, n. 11371, *Fallimento*, 1999, 415.

<sup>114</sup> PERLINGERI, *Dei modi di estinzione*, cit. , 330 e ss.

<sup>115</sup> Cass., 28.08.2001, n. 11288, *Fallimento*, 2002, 615.

<sup>116</sup> SS.UU., 16 novembre 1999, n. 775; in dottrina COLESANTI, in *op. cit.*; PICARDI, *Nuove aperture delle Sezioni Unite in tema di compensazione nel fallimento*, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2001, II, 297; SCHLESINGER, *nota a SS.UU in corriere giuridico*, 2000, 333; LO

In questo modo si amplia l'operatività della compensazione nel fallimento con una ulteriore "deroga" alla *par condicio creditorum*.

La giurisprudenza afferma che la propria tesi sarebbe confortata da un'esegesi dell'art. 56 l. fall. rispettosa tanto del dato testuale quanto dell'intenzione del legislatore.

Infatti, sotto il primo profilo sembrerebbe riduttivo interpretare il silenzio del legislatore relativo ai requisiti del credito del fallito come mero rinvio all'art. 1243 c.c., nel senso che i requisiti ivi richiesti dovrebbero necessariamente risultare presenti al momento della dichiarazione di fallimento.

L'esigibilità e la liquidità del credito, pur essendo indispensabili per l'operatività della compensazione, nel quadro dell'art. 56 l. fall. si dovranno sempre porre in relazione ad obbligazioni aventi una radice causale anteriore al fallimento, di modo che risulta consistentemente ristretta la portata della conseguente eccezione alla *par condicio creditorum*.

Sotto il profilo della volontà del legislatore, si è rilevato che non paiono sussistere ragioni persuasive per trattare in modo deteriore il creditore *in bonis* nel caso in cui il fallito risulti a sua volta titolare di un credito che, pur avendo una radice causale anteriore alla dichiarazione di fallimento, non sia ancora liquido ed esigibile.

In tal modo, difatti parrebbe disattesa proprio quell'esigenza equitativa generalmente posta alla base dell'art. 56 l. fall., e si configurerebbe una generale violazione del principio di ragionevolezza, costantemente interpretato dalla giurisprudenza costituzionale come uno dei valori fondanti del nostro ordinamento giuridico.

Poiché la norma non prende in esame il credito del fallito, desumere dei limiti derivanti dalla applicazione delle regole sul concorso, parrebbe irragionevole, perché verrebbe trattato in modo deteriore un

---

CASCIO, *La compensazione fallimentare in presenza di crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1717

soggetto *in bonis* solo per effetto di una circostanza occasionale quale può essere il momento in cui diviene liquido o esigibile il controcredito del fallito<sup>117</sup>.

Dunque l'eventuale rinvio ai requisiti di cui all'art. 1243 c.c. parrebbe un'ingiustificata forzatura, in grado di determinare un'operatività della compensazione fallimentare eccessivamente ridotta rispetto a quella desumibile dal dato normativo.

Né d'altronde si rivela convincente l'asserita eccezionalità della norma in esame, atteso che sembrerebbe più corretto qualificarla come una norma speciale, idonea a legittimare un procedimento ermeneutico estensivo, onde evitare un'attuazione non meramente formalistica.

#### § 7 La compensazione giudiziale.

Il riconoscimento della compensazione giudiziale nel fallimento implica il riconoscimento dell'assunto secondo cui anche in corso di procedura si possono accertare gli estremi della compensazione.

La maggior parte della dottrina non incontra alcuno ostacolo nel ritenere che il giudice fallimentare, accertata la preesistenza dei crediti alla dichiarazione di fallimento e la loro omogeneità ed esigibilità, possa liquidare il credito del creditore *in bonis* e nel contempo, dichiarare con efficacia *ex nunc* l'avvenuta estinzione per compensazione<sup>118</sup>.

Soltanto gli autori che si sono espressi in chiave critica e che hanno sostenuto che la compensazione non sia applicabile nell'ipotesi in cui a non essere esigibile fosse il credito del fallito, hanno altresì dedotto l'esclusione dell'ammissibilità della compensazione giudiziale nel fallimento<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> FABIANI, in *Foro it.* 2000, I, 289.

<sup>118</sup> PERLINGERI P., *Dei Modi*, cit. 317; GIULIANO E. *La compensazione*, cit. 175; INZITARI B., *Effetti*, cit. 139; *contra* SCHLESINGER P., *compensazione*, cit.

<sup>119</sup> Seguendo questa lettura dell'art. 56 l. fall. ogni credito di natura risarcitoria del creditore *in bonis* (ove non assistito da clausola di predeterminazione del pregiudizio) non potrebbe mai aspirare ad una piena tutela nel caso in cui il fallito fosse portatore di un

Per altro verso, la giurisprudenza - in un primo momento riluttante - ha poi invertito rotta sulla scorta dell'intervento della Suprema Corte che ha chiarito l'applicabilità dell'art. 56 l. fall. anche alla ipotesi di compensazione giudiziale, purché il fatto genetico del credito opposto in compensazione risulti anteriore alla dichiarazione di fallimento, ammettendo che l'accertamento giudiziale relativo alla liquidità di uno dei due crediti sopravvenga successivamente<sup>120</sup>: in tal caso, potrà provvedere il giudice delegato in sede di accertamento del passivo.

Il consenso sussistente circa la compensazione giudiziale è quanto mai significativo perché non vi è contestualità tra dichiarazione di fallimento ed effetto estintivo.

Attraverso tale *iter* interpretativo, inoltre, potrebbe superarsi anche il limite derivante dal termine apposto al credito del fallito, tanto più se non a vantaggio di costui.

Il medesimo ordine di considerazioni, spiega inoltre l'ulteriore dilatazione dell'istituto ad opera della giurisprudenza.

Non a caso vengono invocate espressamente pressanti esigenze equitative, le quali impongono, con riferimento alle diverse fattispecie concrete, la ricerca di soluzioni conformi "al generale principio di ragionevolezza" che per orientamento ormai costante del giudice delle leggi costituisce uno dei valori fondanti dell'ordinamento, cui anche l'interprete si deve adeguare.

In conformità all'indirizzo sopra enunciato, la giurisprudenza ha ammesso la compensazione tra un credito della parte *in bonis* maturato prima del fallimento ed il credito del curatore per la riscossione dei canoni di locazione maturati durante il fallimento<sup>121</sup>.

Il requisito dell'esigibilità può mancare anche perché il credito è sottoposto a condizione.

---

controcredito. Tale interpretazione ha suscitato dubbi di illegittimità costituzionale, non rispondendo ad alcun criterio di ragionevolezza la distinzione tra il creditore di una somma di denaro liquida ed il creditore di una somma di denaro da determinare.

<sup>120</sup> Cass. 12 giugno 2007, n.13769, in *Fallimento*, 2008, 445.

<sup>121</sup> Trib. Firenze, 5 dicembre 2007, in *Foro it.* 2008, I, 633, con nota di Fabiani.

Ci si è chiesti se un credito sottoposto a condizione sospensiva che si avveri in un momento successivo all'apertura del concorso possa essere compensato in sede fallimentare.

In realtà, già in tema di compensazione estranea alla sede concorsuale, la dottrina aveva manifestato con forza le proprie perplessità a ritenere compensabile un credito sottoposto a condizione sospensiva.

Tanto più difficile è nel caso di dichiarazione di fallimento.

In questo caso, secondo alcuni, i due crediti si compenserebbero al sopraggiungere della condizione, e quindi nel corso del fallimento<sup>122</sup>.

Invero, a differenza del termine, la condizione opera con effetto retroattivo.

Dunque i presupposti maturano nel corso della procedura, ma gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono ad un tempo anteriore al fallimento.

Per i sostenitori della tesi secondo cui l'art. 56 l. fall. introduce una precisa e limitata deroga alla necessità che tutti i requisiti sussistano il giorno del fallimento, non potrà aversi compensazione se in tale data il credito verso il fallito sia sottoposto a condizione, ovvero se manchino gli altri presupposti della compensazione legale.

Secondo l'altra interpretazione, tutto dovrà essere valutato nel momento in cui la compensazione si eccepisce.

Di certo le osservazioni sulla esigibilità dei due crediti reciproci non esaurisce la problematica relativa ai requisiti per la compensazione legale nel fallimento.

Per ciò che attiene al requisito della liquidità, si è posto il problema se, nel caso di compensazione nel fallimento, sia ammissibile anche la compensazione giudiziale qualora il credito verso il fallito sia illiquido ma di facile e pronta liquidazione.

---

<sup>122</sup> FERRARA F., *op. cit.*, 334; SATTÀ S., *Diritto Fallimentare*, 187; BONGIORNO, *L'autotutela esecutiva*, 188.

Infatti, a fronte di un orientamento tradizionalista che richiedeva la necessaria liquidità dei controcrediti prima della dichiarazione di fallimento e quindi, l'esclusione di una compensazione giudiziale in questa sede, ultimamente la giurisprudenza di legittimità sembra avere cambiato opinione, dichiarando ammissibile nel fallimento anche la compensazione ex art. 1243, co. 2 c.c.<sup>123</sup>

Ovviamente la sentenza che liquiderà il credito e dichiarerà la compensazione dovrà essere necessariamente successiva alla dichiarazione di fallimento, in quanto solo quando il curatore pretenderà il pagamento del credito del fallito dal creditore *in bonis* quest'ultimo eccepirà la compensazione tra i due controcrediti.

Sempre per ciò che attiene ai requisiti, in particolare, in ordine alla omogeneità, dei crediti – debiti tra cui dovrebbe operare la compensazione in sede di fallimento, la giurisprudenza ha ritenuto che l'art. 56 l. fall. sia applicabile anche nell'ipotesi in cui i crediti contrapposti non siano omogenei (come nel caso in cui il credito di chi non è fallito abbia ad oggetto una prestazione di cose ed il credito del fallito abbia carattere pecuniario)<sup>124</sup>.

Alcuni ritengono dunque che non sia di ostacolo all'operatività dell'art. 56 l. fall. la circostanza che il creditore/debitore *in bonis* sia titolare nei confronti del fallito di un credito non omogeneo, purché suscettibile di essere convertito in denaro.

A tale conclusione si giunge attraverso l'art. 59 l. fall., il quale ammette che crediti non scaduti, aventi per oggetto una prestazione di denaro con riferimento ad altri valori o aventi per oggetto una prestazione diversa dal denaro, concorrano secondo il loro valore alla data di dichiarazione di fallimento. Pertanto, anche il credito di prestazione di cose diverse dal denaro diventa suscettibile di compensazione.

---

<sup>123</sup> Cass. Cass. 10 giugno 2005, n. 12327, cit.; Cass. 16 novembre 1999, n. 775.

<sup>124</sup> Cass. 16 agosto 1990, n. 8322 *in Fallimento*, 1991, 345; Trib. Mantova 7 marzo 2003, in *Fallimento*, 2004, 221.



Tuttavia tale ipotesi interpretativa genera il dubbio del senso e significato dell'applicabilità dell'art. 59 l. fall. nel caso in cui il credito del creditore *in bonis* sia pecuniario, mentre quello del fallito abbia per oggetto cose fungibili.

Infatti, la possibilità di liquidare i crediti aventi ad oggetto una prestazione diversa dal denaro in base al valore alla data della dichiarazione di fallimento concerne i soli crediti dei creditori del fallito, come si deduce dalla lettera della disposizione in questione, che utilizza il termine <<concorrono>>.

Proprio per tali ragioni e per la specifica finalità dell'art. 59 l. fall., altra parte della dottrina si è espressa in senso contrario e ritiene che al fine dell'operatività nel fallimento, il presupposto dell'omogeneità debba preesistere alla dichiarazione di fallimento<sup>125</sup>.

Si obietta che se il credito concorsuale divenisse compensabile con i debiti pecuniari della parte *in bonis*, i creditori fallimentari sarebbero pregiudicati da una norma (art. 59 l. fall. ) che non è stata istituita per attribuire al creditore *in bonis* un profitto, consentendogli di avvalersi di una compensazione che gli sarebbe preclusa in assenza del processo esecutivo.

Infatti, il difetto di omogeneità non sarebbe venuto meno se una delle parti non fosse stata sottoposta a fallimento.

E' stato ritenuto estraneo alla finalità meramente processuale della norma (cioè al fine di commisurare un credito non pecuniario ai crediti pecuniari per far sì che esso partecipi al concorso), e ingiustificabile rispetto ad essa, attribuire al creditore- debitore *in bonis* il potere di compensazione<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> INZITARI, *op. cit.*, 193; FOSCHINI, *op.cit.*, 105. Si ricorda che, se la norma è espressione del riconoscimento di uno strumento di autotutela acquisito prima del fallimento, non può giungersi alla omogeneità grazie alla applicazione delle regole (art. 59 l. fall.) che servono alla determinazione del credito ai fini del concorso

<sup>126</sup> Favorevoli alla compensabilità dei crediti originariamente non pecuniari e divenuti omogenei ex art. 59 l. fall. FERRARA F., *op. cit.*, 333; SATTA S., *Diritto fallimentare*, cit., 187; PAJARDI, *op.cit.*, 362; BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, cit., 165. Contrariamente INZITARI B., *op. cit.*, 193; FOSCHINI M., *op. cit.* 104; BONGIORNO G. *op. cit.* 188.

Per altro verso, secondo un risalente e tradizionale orientamento della Suprema Corte, avrebbero potuto essere compensati solo crediti nascenti da più titoli e non anche crediti derivanti da un solo contratto.

Successivamente, viceversa, la Cassazione ha ritenuto che la disciplina della speciale compensazione dettata dall'art. 56 l. fall., sebbene abbia come necessario presupposto l'autonomia dei rapporti dai quali le obbligazioni reciproche delle parti traggono origine, non sarebbe incompatibile con ipotesi nelle quali, trattandosi di obbligazioni derivanti da un unico rapporto giuridico o anche da rapporti tra loro collegati, occorra procedere soltanto ad un accertamento di dare e avere, ossia ad un semplice calcolo di contrapposte voci contabili: ciò che si verifica con riferimento all'ipotesi in cui i contrapposti rapporti creditizi collegati derivino rispettivamente da un contratto di compravendita e dallo scioglimento del medesimo, operando anche in tale ipotesi la *ratio* di impedire che il debitore – creditore si trovi a dover soddisfare per intero il proprio debito ed a subire la tacitazione del suo credito in moneta fallimentare.

#### § 8 Art. 56, co. 2

L'esame si sposta allora sull'art. 56 co. 2 l. fall., che disciplina la compensazione dei crediti divenuti reciproci dopo la dichiarazione di fallimento.

Il comma 1 dell'art. 56 l. fall. in quanto prevede che i crediti concorsuali, benché non esigibili, si compensino con i crediti reciproci, descrive in termini generali l'area della compensazione fallimentare; il secondo comma, che del primo è la prosecuzione, vieta la compensazione in un'ipotesi particolare, che si compone di più presupposti.

Mentre il primo comma prevede che sono compensabili anche i debiti non scaduti; nel 2° comma viene circoscritta la norma precedente, stabilendo che essa non si applica, e quindi stabilendo che non vi è compensazione, se il credito non scaduto fu acquistato dalla parte *in bonis* per atto tra vivi “dopo la dichiarazione di fallimento o nell’anno anteriore”.

La tutela verso il debitore/creditore *in bonis* risulta ancor più rafforzata nell’ambito della lettura del secondo comma dell’art. 56 l. fall., che espressamente esclude la compensazione per i crediti non scaduti acquistati per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell’anno ad essa anteriore<sup>127</sup>.

La disposizione riguarda i crediti non scaduti, sicché deve ritenersi che il credito scaduto, pur acquistato nel periodo sospetto (l’anno anteriore al fallimento), possa essere compensato con preesistenti debiti del medesimo soggetto nei confronti del fallito e dunque della massa<sup>128</sup>.

Infatti non vi è modo di isolare una delle componenti del divieto posto nel 2° comma, traendone poi un divieto generale<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Secondo Trib. Di Alba, 7 marzo 2006, in *Il Fallimento*, 2007, 207, occorre compiere una precisazione: in caso di fallimento del debitore ceduto, la massa è del tutto insensibile alla cessione del credito, posto che nessuna incidenza viene a comportare sull’entità del passivo fallimentare la diversa titolarità del creditore, sicché non può ritenersi in alcun modo violata la parità concorsuale. Pertanto in tal caso, il credito scaduto, pur acquistato nel periodo sospetto può essere compensato con preesistenti debiti del cessionario verso il fallito, in quanto questa ipotesi non viola la par condicio, ipotesi che si realizza quando a fallire è il debitore cedente. In nota, Bettazzi condivide la lettura citata del Tribunale piemontese, che individua la *ratio* del divieto di cui all’art. 56 nella volontà di rimediare a surrettizie vicende circolatorie dei crediti verso il fallito.

<sup>128</sup> Trib. Genova, 7 febbraio 2002 in *Nuova giur.civ. comm.*, 2003, I, 536.

<sup>129</sup> Sarebbe fuorviante arguire dall’art. 56, co. 2° che tutti i crediti non scaduti non sono compensabili: al contrario essi sono sempre compensabili ai sensi del primo comma, salvo che ricorrano tutti gli elementi del secondo comma. Così come non si può prospettare un generale divieto di compensazione in ordine ai crediti acquistati per atti tra vivi, e nemmeno per i crediti acquistati nell’anno anteriore alla dichiarazione di fallimento. Pertanto, compensazione opererà salvo che venga integrata la fattispecie dell’art. 56 co.2°, l. fall. In tal senso argomenta VIGO G., *compensazione del credito pignorato e compensazione nel corso del fallimento*, Giuffrè.

L'intento del legislatore, espressamente riversato nella formulazione del 2° co. dell'art. 56 l. fall. è quello di rimuovere/evitare eventuali "compensazioni sospette"<sup>130</sup>, evitando fraudolente cessioni dei crediti verso il fallito al mero scopo di alterare artificialmente la *par condicio*.

Recentemente la giurisprudenza<sup>131</sup> si è pronunciata in materia di compensazione nel fallimento, enunciando che, ai sensi dell'art. 56, 2°co. R.D. n. 267/1942, la compensazione è ammissibile da parte del cessionario di crediti scaduti prima della dichiarazione di fallimento, anche se acquistati dopo tale dichiarazione o nell'anno anteriore ad essa.

La giurisprudenza sottolinea che l'effetto (legale) della compensazione è ricollegabile non al momento del concreto versamento del corrispettivo al cedente da parte del cessionario, ma a quello (logicamente e cronologicamente anteriore) della stipula del negozio di cessione, e per effetto del quale il terzo debitore dell'insolvente acquista, *ipso facto*, anche lo *status* di creditore di quest'ultimo, in tale momento realizzandosi la coesistenza tra rispettivo debito e credito.

Più precisamente, deve affermarsi che il momento in cui il trasferimento della posizione creditizia (con subentro del cessionario al cedente) diviene efficace nei confronti del debitore ceduto, è quello in cui si verificano le condizioni dettate dall'art. 1264 c.c., accettazione con data certa ovvero notificazione, ossia prova della conoscenza ai sensi del 2° co.

Al fine di evitare operazioni fraudolente, non è stato necessario per il legislatore, rendere inefficace l'atto traslativo (la cessione), perché è bastato privare il credito della "vis compensativa"<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> PAIARDI, P., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 352.

<sup>131</sup> C. App. Torino, Sez. I, 20 gennaio 2010, in *Fallimento*, 2010, 701.

<sup>132</sup> FERRARA F., *op. cit.*, 337.

In dottrina, alcuni hanno rilevato un'affinità tra il divieto di compensazione posto dall'art. 56, 2° co. l. fall. con la revocatoria fallimentare.

Tale affinità non va colta tanto in termini funzionali, quanto piuttosto finalistici.

La revocatoria opera *ex post*, rimuovendo nei confronti dei creditori gli effetti pregiudizievoli di atti anteriori; quanto disposto dall'art. 56, co. 2° l. fall., al contrario, opera in modo preventivo, impedendo che i crediti reciproci si estinguano<sup>133</sup>. Infatti non rende inefficace una compensazione già avvenuta, ma impedisce che si giunga alla compensazione.

Alcuni in dottrina ritengono che l'art. 56 l. fall. si presti ad un'argomentazione *a contrario* che allarghi l'area della compensazione<sup>134</sup>.

Per ciò che attiene all'impossibilità di compensare i crediti non scaduti alla data del fallimento, se acquistati nell'anno anteriore o successivamente, si deve rilevare che le due ipotesi, pur accostate nella formulazione legislativa, non hanno in realtà nulla in comune.

Infatti, per i crediti non scaduti, acquistati nell'anno anteriore al fallimento, la compensazione è esclusa perché il legislatore ha presunto *iuris et de iure* che in tal caso l'acquisto sia effettuato in vista dell'insolvenza, per sottrarre ai creditori le somme dovute al fallito dallo stesso acquirente a mezzo della compensazione, con realizzazione di un indebito profitto (il debitore infatti estingue la propria

---

<sup>133</sup> FOSCHINI M., *op cit.*, 142 e ss.

<sup>134</sup> Secondo FOSCHINI M., *in op. cit.*, dalla norma potrebbe essere argomentato *a contrario* che in qualsivoglia fattispecie che non integri la previsione dell'art. 56, co. 2°, l. fall., la reciprocità può sopraggiungere nel corso della procedura. E' stato ritenuto saggio omettere un'interpretazione *a contrario* perché non rispondente alla volontà del legislatore l'ipotesi in cui vi sarebbe compensazione se la parte *in bonis* acquisti *mortis causa* un credito scaduto, ed anche se acquisti un credito non scaduto per atto tra vivi. Si rileva che, a differenza del trasferimento tra vivi, il trasferimento a causa di morte non si presta ad un accordo fraudolento tra acquirente e alienante del credito, onde, con ogni probabilità, il debitore non ha acquistato il credito al fine di opporre la compensazione al fallimento.

obbligazione con moneta fallimentare, che è quella utilizzata per l'acquisto da terzi di un credito verso il fallito).

Nel caso in cui il trasferimento del credito avvenga in epoca successiva al fallimento, l'impossibilità della compensazione è logica conseguenza dei principi fallimentari.

Se con la dichiarazione di fallimento si ha la cristallizzazione dei rapporti di debito e credito, i crediti che, per difetto di reciprocità, non erano compensabili prima non possono diventare compensabili per effetto di eventi successivi alla dichiarazione di fallimento.

Occorre precisare che, sulla base di un'interpretazione estensiva, la locuzione normativa di *acquisto* non è riferibile alla sola ipotesi di cessione del credito, ma ad ogni altro caso in cui, con atto tra vivi, si sia avuto il trasferimento della titolarità del credito.

Pertanto, secondo una parte della giurisprudenza di merito, rientrerà in tale ipotesi anche il regresso a seguito del pagamento del terzo non obbligato, nonché l'ipotesi del fidejussore<sup>135</sup>.

Pertanto la compensazione non può operare se il controcredito opposto dal debitore (fidejussore), pur se scaduto in epoca anteriore al fallimento, è pervenuto in capo a quest'ultimo successivamente alla sentenza dichiarativa.

Viceversa, altra parte della giurisprudenza e della dottrina, esclude la surrogazione ex art. 1949 c.c. dal novero dei c.d. "*acquisti*" del credito, dal momento che essa costituisce per un verso, una semplice modificazione *ex lege* del soggetto passivo di un rapporto obbligatorio, e per l'altro, sfugge il più delle volte al raggio d'azione di quella "presunzione di frode" che accompagna invece la cessione di credito in prossimità (o addirittura dopo) il fallimento.

---

<sup>135</sup> Trib. Torino, 11 aprile 1997, in Fallimento, 1998, 78, con nota di Terenghi, il Tribunale rileva che la compensazione non può operare laddove il controcredito opposto al debitore, pur se scaduto in epoca anteriore al fallimento, è pervenuto in capo a quest'ultimo successivamente alla sentenza dichiarativa.

Nella maggior parte dei casi concreti, infatti, la fidejussione è stata prestata in epoca assai anteriore all'apertura della procedura (e pertanto non sospetta), mentre l'escussione della medesima da parte del creditore garantito (poco dopo o poco prima) la relativa sentenza dichiarativa rientra nella consueta gestione del recupero del credito, allorquando il debitore principale manifesta la propria insolvenza<sup>136</sup>.

La giurisprudenza che è pervenuta a tale enunciazione, ha offerto interessanti spunti in ordine a ciò che attiene il momento dell'insorgenza del <<controcredito>>.

L'affermazione che la condizione per l'opponibilità alla massa della compensazione sia l'anteriore coesistenza rispetto al fallimento sia del credito del fallito che del controcredito è, in sé, indiscutibile.

Come già argomentato, essa trae fondamento non tanto dall'art. 56, l. fallimentare (che nulla dispone per i crediti <<sorti>> dopo il fallimento) quanto, essenzialmente, dai principi che si fondano sulla cristallizzazione del patrimonio del fallito (artt. 42 e ss. l. fall.) che scaturisce dalla sentenza dichiarativa e dall'apertura del concorso dei creditori (art. 52, l. fall.) con conseguente insensibilità della massa attiva ad eventi successivi.

Altrettanto condivisibile è l'affermazione di giurisprudenza citata secondo cui il credito del fidejussore che abbia onorato l'obbligazione garantita sorge, nei confronti del debitore principale, solo all'atto del pagamento.

Poiché gli effetti della surrogazione (art. 1949 c.c.) si producono dal giorno del pagamento, il rilievo che il diritto del creditore garantito costituisce comunque una pretesa prefallimentare non vale a spostare i termini del problema e non apporta alcun contributo ad una diversa soluzione.

---

<sup>136</sup> Trib. Milano 19 giugno 1986, con nota di SCHIAVON, *il fallimento, la compensazione ex art. 56 l. fallimentare del credito del fidejussore escusso dopo il fallimento*, 1987, 92.

Pertanto, si ribadisce, secondo tale interpretazione, la surrogazione *ex lege* del fidejussore non rientrerebbe nel concetto di “acquisto” verso il fallito del credito per atto tra vivi, costituente il presupposto dell’art. 56, 2°co.l. fall., che pertanto torna applicabile al caso di specie.

Inoltre, ipotizzando che il credito di regresso del fidejussore non escusso possa anche considerarsi alla stregua di un credito condizionale – come tale ammissibile con riserva artt. 55, 3°co. e 95, 2°co.l.fall. – si ritiene che il fidejussore, una volta divenuto creditore, potrebbe avere diritto di partecipare al concorso ma non anche quello di “sottrarre al concorso stesso una parte dell’attivo per destinarlo (come sostanzialmente avviene con la compensazione) al suo individuale soddisfacimento”<sup>137</sup>.

In realtà circa la ammissibilità al passivo con riserva del credito in parola, si sono mosse diverse obiezioni.

In particolare, si è fatto riferimento alla circostanza che l’indicazione normativa, in materia di insinuazioni al passivo con riserva, è tassativa, e pertanto risulta problematico configurare l’assimilabilità ad un credito condizionale per il credito del fidejussore non escusso, per garanzia prestata per un soggetto poi dichiarato fallito.

Sembra poco convincente l’affermazione di coloro che ritengono l’ammissibilità con riserva del credito del fidejussore non escusso, in forza della circostanza che la nozione di credito condizionale usata dalla legge fallimentare sarebbe più ampia rispetto a quella utilizzata in diritto comune.

L’art. 55, 3° co. l. fall., al contrario, evidenzia l’intenzione di comprendere in quella categoria soltanto l’ipotesi di creditore del

---

<sup>137</sup> Circa la configurabilità del credito condizionale dell’obbligazione vantata dal fidejussore verso il debitore principale fallito, la Corte di Cassazione( Cass. 10 luglio 1978, n. 3439), ha affermato che il fidejussore che non ha pagato il creditore prima della dichiarazione di fallimento del debitore principale, per il comb. disp. artt. 61, 2° co. E 55 3° co., è considerato creditore condizionale in ordine all’ eventuale esercizio delle azioni di regresso verso il debitore fallito, onde va ammesso al concorso dei creditori con riserva, che potrà ritenersi sciolta se quando si verificherà l’integrale soddisfacimento delle ragioni del creditore nel corso della procedura fallimentare.



fidejussore non solidale, in caso di fallimento di questi. Credito condizionale sarebbe quello in cui sia stata posta una condizione *ex art.* 1353 c.c., laddove nel caso in esame, l'inadempimento del debitore principale costituisce solo una *condicio iuris* per l'insorgenza dell'obbligazione fidejussoria ed il pagamento del garante è il presupposto di legge per l'esercizio dell'azione surrogatoria e dell'azione di regresso.

L'art. 55 l. fall. suppone la sussistenza di un credito attuale, ma sottoposto a condizione sospensiva o risolutiva.

Altra osservazione che osta alla classificazione del credito del fidejussore quale credito condizionale da ammettere con riserva, risiede nella necessità di evitare una duplicazione del concorso per lo stesso titolo, con la conseguenza che – ammettendosi al passivo sia il creditore garantito, sia (con riserva) il garante – si dovrebbe procedere, in occasione di ogni ripartizione dell'attivo, al pagamento della percentuale spettante al primo ed all'accantonamento di quello di competenza del secondo<sup>138</sup>.

Concludendo, il fidejussore che ha pagato il credito garantito successivamente al fallimento potrà – dopo l'integrale soddisfacimento del creditore garantito insinuatosi al passivo – esercitare la surroga nella procedura concorsuale, e potrà partecipare, percentualmente, ai riparti, in ossequio alla regola della *par condicio*.

Pertanto, dovendosi escludere la coesistenza del suo credito di rivalsa (sorto dopo il fallimento) con il suo debito verso il fallito (anteriore alla dichiarazione), egli non potrà pretendere di alterare la *par condicio* con l'estinzione per compensazione delle due opposte pretese. Il che costituisce conferma ulteriore, da un lato, del fatto che il credito di rivalsa, non attuale alla data del fallimento, non è condizionale perché l'evento condizionante (integrale soddisfacimento

---

<sup>138</sup> Con la conseguenza che si dovrebbe attribuire ad entrambi anche il diritto di voto nella proposta di concordato (art. 127 l. fall.), contraddicendo però il presupposto stesso della legge, consistente nella coincidenza numerica tra votanti e creditori ammessi.

del creditore garantito nel corso della procedura) non potrà, una volta avveratosi, produrre effetti collocabili *ante* dichiarazione, e dall'altro, della stessa inutilità, sul piano pratico, di una ammissione con riserva del fidejussore non escusso. Il quale, se dovesse pagare dopo il fallimento, profitterebbe, per surroga *ex lege*, della già avvenuta insinuazione del creditore principale, partecipando, in sua vece, ai riparti ed esprimendo il voto nell'eventuale proposta di concordato.

Tornando all'interpretazione della norma in questione, dall'art. 56, co. 2° l. fall. non può desumersi *a contrario* una tanto vistosa, quanto sibillina, deroga al principio di congelamento del patrimonio del fallito, tale da legittimare un utilizzo indiscriminato della compensazione fallimentare e di alimentare un mercato dei crediti in frode alla *par condicio*, con tutti gli aberranti effetti che ne conseguirebbero.

Il silenzio del legislatore non può infatti giustificare un risultato ermeneutico contrastante non solo con i più elementari criteri di ragionevolezza ma anche con la *ratio* della norma, la quale intende chiaramente prevenire possibili abusi, delimitando a tal fine la portata del 1° co.

In realtà la formula legislativa , laddove menziona gli acquisti posteriori, non fa altro che ribadire il divieto che già si desume dai generali principi concorsuali. Ciò basterebbe a rendere arbitrario il tentativo di estendere al di là degli stessi l'implicita autorizzazione a compensare crediti scaduti che la disposizione esprimerebbe.

L'esigenza di evitare manovre speculative non si pone, invero, anche per i crediti pervenuti *mortis causa*.

Per questa ragione il divieto di cui all'art. 56, 2° co. l. fall. è riferito soltanto agli acquisti *inter vivos*.

Rendendo immuni gli acquisti *mortis causa*, la norma pone una presunzione sull'intento dell'acquirente del credito.

Infatti, il favore verso gli acquisti dell'erede e del legatario si giustifica in quanto la legge presume che essi non furono preordinati a provocare la compensazione dei crediti.

Il divieto di compensazione è dunque fondato sulla presunzione che il debitore del fallito divenne cessionario del credito reciproco per giungere poi alla compensazione<sup>139</sup>.

Sono altresì meritevoli di attenzione alcuni problemi interpretativi al riguardo.

Ci si è chiesti se il divieto di compensazione sia applicabile soltanto quando il credito concorsuale fu acquistato per atto tra vivi da un debitore del fallito, o anche nel caso in cui il credito concorsuale fu acquistato da un soggetto che solo in un secondo momento sarebbe divenuto debitore del fallito.

In effetti altro è la presunzione assoluta che l'acquisto del credito sia stato preordinato in danno dei creditori concorrenti da parte di chi era già debitore del fallito, altro è porre la stessa presunzione a carico di chi non era ancora debitore del fallito. In questo secondo caso la presunzione assoluta di intenzionalità sarebbe priva di ragionevolezza e si rivelerebbe ingiustamente onerosa per il creditore – debitore.

---

<sup>139</sup> Certo, anche l'erede e il legatario possono avere avuto conoscenza dello stato di insolvenza del debitore del *de cuius*. E' inverosimile, tuttavia, che essi abbiano potuto preordinare l'acquisto del credito al fine di avvalersi della compensazione fallimentare. INZITARI B. in *op. cit.* individua la *ratio* del divieto riguardante i crediti non scaduti nel timore che i vantaggi di una soddisfazione separata ed autonoma del credito possano indurre i creditori a crearne artificialmente i presupposti per operare una soddisfazione separata del proprio credito attraverso, appunto, l'estinzione del proprio corrispondente debito. Infatti il risultato che l'art. 56, 2° co. l. fall. vieta di conseguire rappresenterebbe "un rilevante vantaggio per i creditori e per i debitori del fallito e nello stesso tempo una gravissima perdita nei confronti del fallimento e della massa dei creditori. I debitori del fallimento non versano nulla nelle casse del fallimento e i creditori sfuggono attraverso la vendita dei propri crediti alla falcidia (e alla lentezza) della ripartizione fallimentare.

§ 9 Segue. Crediti scaduti oggetto di cessione successivamente al fallimento

*Quid iuris* per il credito scaduto oggetto di cessione successivamente al fallimento?

La giurisprudenza di merito si è interrogata circa l'esistenza di un divieto di compensazione di crediti, scaduti prima del fallimento, quando questi siano acquistati per atto tra vivi dopo l'apertura della procedura concorsuale, analogamente a quanto accade per i crediti non ancora scaduti alla data del fallimento.

Preliminarmente si osserva che la prova dell'anteriorità della cessione spetta a chi la invoca.

Inoltre, ai sensi dell'art. 2914 c.c., non sono opponibili alla procedura le cessioni di credito notificate od accettate dopo la sentenza di fallimento.

E' infatti opinione pressoché pacifica che l'art. 2914 co. 2 c.c. operi anche in ipotesi di fallimento, attesa l'equivalenza della procedura concorsuale al pignoramento (generale) del patrimonio del fallito in favore della massa fallimentare; pertanto i crediti acquistati dopo la dichiarazione di fallimento, anche se scaduti, non sarebbero compensabili<sup>140</sup>.

In effetti, poiché alcuna norma si occupa, in modo specifico, della compensabilità dei crediti scaduti con i debiti verso il fallito, la giurisprudenza di merito si è interrogata se si debba fare riferimento alle norme codicistiche sulla compensazione, cui l'art. 56 l. fall. deroga solo esclusivamente per quanto espressamente previsto (compensabilità dei crediti non scaduti), oppure se si debba ritenere che l'articolo in questione introduca una disciplina del tutto particolare per la compensazione dei crediti nell'ambito delle procedure concorsuali (e dunque anche valevole per i crediti già scaduti).

---

<sup>140</sup> Trib. Mondovì, 12 gennaio 2005, in *Giur. it.* 2006, 771.

Come già accennato, si è rilevato che, l'art. 56 l. fall., escludendo espressamente l'operatività della compensazione per il caso di crediti non scaduti (se acquistati per atto tra vivi entro un certo limite temporale) comporterebbe, secondo alcuni, *a contrario* che i crediti scaduti sono sempre compensabili.

Tale interpretazione, indubbiamente suggestiva e *prima facie* corretta, ad un esame più approfondito presenterebbe alcuni elementi di incompatibilità.

Ed è proprio l'attenta lettura del primo comma che porta a comprendere come la norma non legittimi la creazione di una nuova disciplina ma si limiti ad esprimere un concetto generale (conforme alle norme ordinarie sulla compensazione) per poi introdurre un'espressa deroga.

Si deve dunque ritenere che il 2 co. dell'articolo in esame introduca una limitazione non alla totale ed indiscriminata possibilità di compensazione, bensì all'eccezione di cui al co. 1°, ossia, in deroga alla disciplina ordinaria, sono compensabili anche crediti che alla data del fallimento non erano scaduti, ma tale deroga non opera (e si applica dunque la regola generale) se il credito non scaduto è acquistato per atto tra vivi dopo il fallimento, o nell'anno anteriore.

La giurisprudenza di merito giunge alla conclusione che non può ricavarsi *a contrario* la compensabilità di crediti scaduti acquistati mediante cessione intervenuta in pendenza della procedura, tenuto conto del fatto che la reciprocità delle posizioni debitorie si realizza solo a far data dalla cessione stessa.

La norma è infatti diretta a circoscrivere l'ambito applicativo del I comma, il quale non introduce alcuna deroga sotto il profilo della necessaria anteriorità al fallimento della coesistenza in capo al medesimo soggetto della qualità di debitore e creditore.

La compensazione viene quindi esclusa in ragione del carattere indefettibile del presupposto della reciprocità alla data del fallimento.

E' questa un'applicazione del principio di cristallizzazione della massa passiva proprio della procedura fallimentare, quale desumibile dagli artt. 45 e segg. e 55 e segg. l. fall., nonché dagli artt. 2913 e ss. c.c., applicabili anche in sede concorsuale, in ragione dell'identità funzionale tra pignoramento e vincolo di indisponibilità che colpisce il patrimonio del fallito.

La *ratio* del 2° co. dell'art. 56 l. fall. è comunemente ravvisata nell'esigenza, da un lato, di evitare una separata ed autonoma soddisfazione del credito concorsuale in violazione della regola del concorso sostanziale e, dall'altro, di prevenire, mediante opportuna sanzione, acquisti di crediti per importo assai inferiore rispetto al loro valore nominale, in forza di accordi tra il titolare del credito ed altro soggetto che sia a propria volta debitore del debitore, poi fallito, cui si riferisce il credito oggetto dell'acquisto, concretantesi in cessioni fraudolente di crediti vantati verso il fallito da parte dei creditori ad altri creditori, al vero scopo di alterare artificialmente la *par condicio*<sup>141</sup>.

Una simile operazione gioverebbe al debitore del fallito e all'originario creditore, ma andrebbe a danno dei creditori concorrenti.

Si tratta di fattispecie frequentemente riscontrabili quando originario creditore e debitore del fallito sono società appartenenti al medesimo gruppo.

E' evidente che la norma non riesce ad evitare speculazioni e palesi violazioni della *par condicio creditorum* qualora il contratto intercorso tra i due soggetti *in bonis*, cedente e cessionario, ma produttivo di effetti nei confronti del debitore ceduto fallito o prossimo al fallimento, abbia ad oggetto crediti scaduti.

---

<sup>141</sup> TERENGI M. *cit.81* " non si vede per quale motivo un analogo rischio di pregiudizio per la massa non derivi anche da un'eventuale cessione di credito scaduto avvenuta dopo il fallimento, sempre al fine di sottrarre l'acquirente alle pretese del fallimento". Secondo l'autore, suscita più di una perplessità la tesi per cui il silenzio dell'art. 56, 2° co. sull'acquisto di crediti scaduti costituisca un'eccezione alla regola della cristallizzazione del patrimonio del fallito alla data del fallimento, come se il legislatore avesse voluto introdurla quasi di nascosto.

Tale alterazione che quindi potrebbe compiersi anche in concorso con il fallito, elimina l'esigenza di equità che ha indotto il legislatore a riconoscere la possibilità di eccepire la compensazione in sede fallimentare in deroga al concorso sostanziale<sup>142</sup>.

E' evidente che, in tale ipotesi si verificherebbe una sensibile violazione della *par condicio*, in quanto vengono indebitamente sottratti alla massa introiti che altrimenti vi confluirebbero, con conseguente penalizzazione del ceto creditizio.

L'interpretazione che tenta l'estensione del divieto di compensazione all'acquisto avente ad oggetto crediti scaduti ed intervenuto dopo la dichiarazione di fallimento o nell'anno antecedente si scontra evidentemente con l'inequivocabile tenore della norma in questione, la cui riferibilità è limitata ai soli crediti non scaduti.

Né esito diverso ha avuto il ricorso alla Corte Costituzionale, innanzi alla quale è stato prospettato il contrasto dell'art. 56, co. 2° con l'art. 3 della Cost.<sup>143</sup>

Ed invero, qualsivoglia lettura volta a ricomprendere i crediti scaduti nell'alveo della esclusione prescritta dal secondo comma "si scontra con un dato normativo di tale chiarezza che una interpretazione analogica appare assai discutibile".

Proprio la consapevolezza dell'ineludibile attitudine dell'art. 56 l. fall. a preconstituire strumento agevolmente utilizzabile per violare il concorso sostanziale aveva indotto il Tribunale di Milano a sospettarne la incostituzionalità, con riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui

---

<sup>142</sup> Secondo PAIARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, la prova non esclusiva ma principale della cessione in epoca anteriore all'anno è, di regola, la notificazione della cessione del credito fatta ai sensi dell'art. 1264 c.c. E' evidente che la data della cessione deve essere provata con certezza nei confronti del fallimento perché ciò consente di opporla validamente e di poter quindi esercitarla facoltà di eccepire l'estinzione del credito ai sensi dell'art. 56. Sono possibili certamente molte altre trame fraudolente e queste possono ricadere, alternativamente, o sotto l'efficacia della revocatoria fallimentare o sotto quella delle sanzioni penali, come avverrebbe ad esempio ove si scoprisse che il contro credito nei confronti del fallimento è stato artatamente creato con il fallito medesimo che così ha artatamente gonfiato il proprio passivo

<sup>143</sup> Corte Cost. 20 ottobre 2000, n. 431 in Foro it., 2000, I, 3387 con osservazioni di Fabiani.

non prevede che la compensazione non operi anche quando l'acquisto, effettuato nell'anno anteriore della dichiarazione di fallimento, di un credito verso il fallito al fine di opporlo in compensazione, riguardi crediti scaduti, e non soltanto crediti non scaduti.

Il rimettente ha denunciato l'ingiustificabile disparità di trattamento con riguardo all'ipotesi di acquisto per atto tra vivi, da parte del debitore del fallito, nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento, di un credito scaduto verso il fallito, rispetto all'ipotesi di acquisto, ferme le altre condizioni, per un credito non ancora scaduto.

Mentre in quest'ultimo caso la compensazione tra i contrapposti crediti è infatti espressamente esclusa dal legislatore, nel primo caso è invece ammessa, nonostante ricorrano identiche esigenze di non violare il principio del concorso sostanziale dei creditori e di vietare la creazione di un mercato dei crediti verso l'imprenditore insolvente.

La risposta del giudice delle leggi è stata negativa.

Infatti, pur riconoscendo l'opinabilità della distinzione, la Consulta ha ritenuto che ricadesse nella discrezionalità del legislatore la scelta degli strumenti normativi idonei ad evitare una artificiosa compensazione operata in danno della massa fallimentare attraverso l'acquisto, nel cosiddetto periodo sospetto, di crediti verso il fallito.

Ciò avrebbe giustificato pertanto il differente trattamento riservato alle ipotesi di crediti scaduti o meno, restando inteso che tale incongruità sarebbe stata al più tacciabile, non già di incoerenza logico - giuridica, bensì in termini di insufficienza a raggiungere il risultato finale di preservare in modo completo la *par condicio creditorum* dalle manovre fraudolente che sarebbero possibili in tutti i casi di reciprocità delle posizioni attive e passive, derivata dall'acquisto di crediti verso il fallito.

La differenza di trattamento troverebbe plausibile spiegazione nella circostanza che solo in relazione ai crediti scaduti, l'effetto compensativo si realizza, *ope legis*, sin dal giorno della coesistenza delle



reciproche obbligazioni, secondo quanto previsto dall'art. 1242 c.c., e dunque anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

A corredo della decisione, la Corte ha altresì avuto modo di chiarire che non rileva l'assunto che pure i crediti non scaduti si considerino scaduti alla data di dichiarazione di fallimento, così come previsto ai sensi dell'art. 55, co. 2 della l. fall..

Infatti, in tal caso, la loro scadenza è stabilita dal legislatore solo “agli effetti del concorso”, mentre il meccanismo della compensazione vale ad escludere in radice il concorso, e pertanto non risulta percorribile una equiparazione degli uni agli altri.

Si presenta dunque il concreto rischio che si sviluppi un mercato dei crediti vantati dall'imprenditore insolvente, in spregio alle regole del concorso.

Vi è d'altra parte l'orientamento consolidato che esclude l'impugnabilità per revocatoria fallimentare dei contratti di acquisto di crediti scaduti vantati nei confronti dell'imprenditore fallito o fallendo (entro il periodo di tempo segnato dalla legge).

Infatti, da un lato, il pagamento del corrispettivo per la cessione non è revocabile a norma dell'art. 67, co. 2, l. fall., non integrando atto estintivo del debito dell'insolvente e non essendo a questi riferibile, e dall'altro in quanto la cessione non può essere considerata atto del fallito.

## § 10 Casistica e applicabilità della compensazione

### a) Mandato

Ai fini della decisione sulla compensazione riguardante il debito di un creditore del fallito nei confronti di quest'ultimo, derivante

dall'esecuzione di un mandato irrevocabile all'incasso<sup>144</sup> di un credito del fallito verso terzi, la giurisprudenza ha considerato quale momento in cui sorge l'obbligazione del mandatario di restituire al mandante quanto riscosso, il momento dell'incasso in esecuzione del mandato<sup>145</sup>.

Quest'ultimo rappresenterebbe "il fatto genetico" del credito del mandante nei confronti del mandatario, ossia l'evento che rappresenta l'unico limite per la compensabilità ex art. 56 l. fall.

Viceversa, la giurisprudenza di merito ha avuto modo di precisare che, qualora sia attribuito al mandatario la facoltà di trattenere e di utilizzare le somme riscosse per l'estinzione o la riduzione del preesistente debito del mandante, poi fallito, verso il mandatario va esclusa la possibilità della compensazione tra questo debito ed il preteso obbligo del mandatario di rimettere al mandante gli importi incassati<sup>146</sup>.

La giurisprudenza ha altresì precisato che la compensazione opera tra il credito del mandatario fallito nei confronti del mandante *in bonis* per compensi riguardanti le prestazioni eseguite ed il credito di

---

<sup>144</sup> Cfr. Cass. Civ. 7 maggio 2009 n.10548, secondo cui "in caso di ammissione del debitore al concordato preventivo, la compensazione tra i suoi debiti ed i crediti da lui vantati nei confronti dei creditori postula, ai sensi dell'art. 56 l. fall. (richiamato dall'art. 169 della medesima legge), che i rispettivi crediti siano preesistenti all'apertura della procedura concorsuale; essa, pertanto, non può operare nell'ipotesi in cui il debitore abbia conferito ad una banca un mandato all'incasso di un proprio credito attribuendole la facoltà di compensare il relativo importo con lo scoperto di un conto corrente da lui intrattenuto con la medesima banca. A differenza della cessione del credito, infatti, il mandato all'incasso non determina il trasferimento del credito in favore del mandatario, ma l'obbligo di quest'ultimo di restituire al mandante la somma riscossa, e tale obbligo non sorge al momento del conferimento del mandato, ma soltanto all'atto della riscossione del credito, con la conseguenza che, qualora quest'ultima debba aver luogo dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo, non sussistono i presupposti per la compensazione.

<sup>145</sup> Cass. 7 maggio 2009, n. 10548; Cass. 22 maggio 2003, n. 8042, 1600, in *Corr. Giur.* con nota di Vaccaro Belluscio. In particolare l'A. fa notare come la S.C., condividendo l'opinione prevalente in ambito giudiziale, nega che il fallimento del mandante *in rem propriam* determini l'estinzione del rapporto gestorio. La Cassazione precisa che l'unico limite per la compensabilità dei debiti verso il fallito-creditore sia l'anteriorità al fallimento del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte.

<sup>146</sup> App. Milano, 25 giugno 2003, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2005, II,277.

quest'ultimo alla restituzione di somme anticipate in esecuzione del mandato al mandatario poi fallito e da esso non utilizzate<sup>147</sup>.

#### b) Locazione

Con riguardo al rapporto di locazione, qualora esso prosegua anche dopo il fallimento del conduttore, la giurisprudenza ha sostenuto che il locatore non può compensare il proprio credito per canoni di locazione scaduti in epoca antecedente alla procedura con quello derivante dalla prestazione della cauzione da parte del conduttore<sup>148</sup>.

#### c) Factoring

In tema di *factoring*<sup>149</sup>, la giurisprudenza ha rilevato che, se è vero che è la riscossione dei crediti a rendere esigibile il prezzo della cessione, per la frazione non anticipata, ciò non significa che il credito del cedente sorga con quell'evento, ma semmai, che è proprio esso a renderne possibile l'esazione, ferma restando l'anteriorità del momento genetico e, conseguentemente, la suscettibilità di essere portato in compensazione con i controcrediti del *factor*.

#### d) Rapporti bancari

In giurisprudenza si è inoltre ritenuta ammissibile la compensazione tra i crediti della banca verso il cliente fallito ed il debito verso il medesimo costituito dalle somme ricavate dalla vendita di azioni della banca, di cui il fallito era socio ed il cui fallimento ha determinato l'esclusione in base a regole statutarie<sup>150</sup>.

Tuttavia, altra giurisprudenza di merito ha sancito la nullità della clausola statutaria di una banca che – in caso di sottoposizione di un socio a procedura concorsuale – ammetta la compensazione tra quanto

---

<sup>147</sup> Trib. Genova 13 febbraio 1986, in *Giurisprudenza commentata*, 1987, II, 144.

<sup>148</sup> Trib. Monza, 9 novembre 1995, in *Fallimento*, 1996, 497.

<sup>149</sup> Cass. n. 10861 del 2003 in *Fallimento*, 2004, 674.

<sup>150</sup> Trib. Vicenza, 8 giugno 2000.

ricavato dalla vendita delle azioni del socio ed il credito della banca verso il socio medesimo<sup>151</sup>.

Muovendo ad altro tema, si è già precedentemente evidenziato che la compensazione presuppone una autonomia dei rapporti nel cui ambito si intende procedere alla elisione delle rispettive posizioni di dare ed avere, essendo pacifico che tale effetto non si possa produrre tra prestazione e controprestazione di un medesimo rapporto negoziale, perché ne verrebbe snaturata la funzione causale.

L'affannosa ricerca da parte degli istituti di credito del fondamento di una simile autonomia, non può prescindere dalla valutazione dei presupposti di funzionamento dell'istituto della compensazione, che rappresenta una sorta di ancora di salvataggio cui spesso si aggrappa chi vuole tentare di evitare le conseguenze restitutorie della revocatoria in sede fallimentare.

Da qui la necessità da parte degli istituti bancari di far emergere un rapporto distinto rispetto al negozio di conto corrente, nel cui ambito la situazione di scoperto/sconfinamento rappresenta il credito che la banca aspirerebbe a compensare nel rispetto della normativa fallimentare.

In merito la dottrina<sup>152</sup> ha distinto due ipotesi: se il contraente *in bonis* è creditore del saldo verso il fallito, questi dovrà insinuare il proprio credito a saldo, dalla data della dichiarazione di fallimento non si produrranno più gli interessi e potrà essere soddisfatto in moneta fallimentare; se il contraente fallito è creditore del saldo verso il contraente *in bonis*, il curatore potrà far valere tale credito nel rispetto del termine contrattualmente stabilito per la chiusura del conto tanto per la somma capitale rappresentata dal saldo, quanto per gli interessi

---

<sup>151</sup> App. Milano, 14 marzo 2005, in *Banca Borsa e tit. cred.* 2007, II 57.

<sup>152</sup> PAJARDI P., *codice del fallimento*, Giuffrè, art.56.

decorsi su tale somma dalla data di scioglimento del contratto alla data di chiusura del conto<sup>153</sup>.

La dottrina ha analizzato la problematica che sorge in tema di conto corrente bancario che, ai sensi dell'art. 78 l. fall., si scioglie in presenza di fallimento del correntista.

Si è posto, in particolare, il problema della compensazione operante in relazione al predetto conto corrente bancario dopo la dichiarazione di fallimento.

E' ricorrente l'affermazione che i versamenti e le riscossioni sul conto corrente bancario di corrispondenza caratterizzato dall'esplicazione di un servizio di cassa in relazione a tali movimenti, comportino mere operazioni di conguaglio che non possono essere ritenute esito di compensazione, ma rappresentano meri effetti contabili dell'esercizio del diritto, spettante al correntista, di variare la disponibilità del conto con versamenti e prelievi<sup>154</sup>.

Pertanto, se prima del fallimento del correntista, la banca ha accreditato rimesse a favore del correntista, ciò determinerà esclusivamente una minore esposizione debitoria del correntista stesso nei confronti della banca, ma non darà luogo a compensazione<sup>155</sup>.

Viceversa, qualora la banca accrediti somme sul conto del proprio correntista successivamente alla dichiarazione di fallimento, tale annotazione è inefficace nei confronti dei creditori ex art. 44, co.2°, e la

---

<sup>153</sup> INZITARI, *Dei modi*, op. cit., 203.

<sup>154</sup> Cass. 1 luglio 2008, n.17954 in *Fallimento*, 2009, 291; Cass. 19 gennaio 2006, 1060, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 2007, II, 565. Per PAJARDI, "va rilevato che non si verifica alcuna compensazione legale ai sensi dell'art. 1241 c.c. e l. fall. quando la banca accetta accrediti o bonifici effettuati dai debitori del correntista e tali somme vadano a decurtare l'esposizione debitoria del correntista nei confronti della banca. In tal caso infatti la banca non acquista, in seguito all'accreditamento, alcun credito "compensabile", in quanto gli addebitamenti e gli accreditamenti danno luogo ad una compensazione meramente contabile, che opera cioè come automatico conguaglio di cassa nella disposizione della provvista del correntista".

<sup>155</sup> *Contra*, Cass. 12 gennaio 1971, n. 38;

banca non potrà operare alcuna compensazione mancando il requisito della reciprocità dei crediti<sup>156</sup>.

Mentre è pacifico che il versamento diretto, rientrando nel sinallagma del conto corrente, non lasci spazio per dar corso alla compensazione, qualche dubbio può sorgere in merito a quella sorta di versamento indiretto da parte del correntista che si realizza nell'ipotesi del bonifico eseguito da un terzo debitore.

In particolare, si è precisato che l'inclusione da parte della banca nel conto corrente del cliente di somme ad essa rimesse da terzi per effetto di bonifico in favore del medesimo cliente, costituisce un'operazione che, salvo patto contrario, s'inserisce nell'ambito dell'unitario rapporto di conto corrente, determinando una mera variazione quantitativa del debito del correntista, che può configurare o un atto meramente ripristinatorio delle disponibilità del correntista, oppure un atto direttamente solutorio del debito, risultante dal saldo contabile e assoggettabile come tale a revocatoria fallimentare in caso di fallimento del cliente<sup>157</sup>.

Pertanto in questo caso, l'unicità del rapporto, ossia il fatto che la banca diventi debitrice verso il correntista a seguito dell'accredito pur essendo al contempo creditrice in virtù dell'ipotetica situazione di scoperto/sconfinamento, esclude la possibilità di ricorso al meccanismo della compensazione, ed apre la strada alla revocabilità della rimessa eseguita in periodo sospetto.

Sempre con riferimento ad operazioni bancarie in conto corrente, il principio fissato dall'art. 1853 c.c., secondo il quale, ove coesistano più

---

<sup>156</sup> TARZIA, 182; INZITARI, 212; Cass. 24 marzo 2000, n. 3519, in *Fallimento*, 2001, 276; BENASSI, in *diritto fallimentare*, 2004, I, 992, secondo cui nel conto corrente bancario la compensazione è solo un effetto contabile e le somme che vi confluiscono non hanno carattere di debiti liquidi ed esigibili tra le parti del rapporto, con la conseguenza che il saldo è esigibile solo alla chiusura del conto. Viceversa, l'ipotesi prevista dall'art. 1853 c.c. contempla una vera e propria compensazione in senso tecnico giuridico attuabile tra le somme che nel rapporto tra banca e cliente costituiscono veri e propri crediti liquidi ed esigibili, in quanto rappresentano il saldo finale e definitivo dei conti correnti e di altri rapporti in essere tra le parti.

<sup>157</sup> App. Roma, 11 aprile 1986, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 1749.

rapporti tra la banca ed il conto correntista, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, in difetto di patto contrario, introduce un'ipotesi di compensazione *ope legis* che trova applicazione anche nel caso di conti di corrispondenza con convenzione di assegno, e che si verifica con le rispettive annotazioni in conto, atteso che la convenzione di assegno, da considerarsi implicita nel conto di corrispondenza, non integra il suddetto patto contrario.

Dal carattere legale di tale compensazione, consegue che essa prescinde da un'autorizzazione del correntista, e quindi, quando sopravvenga il fallimento di quest'ultimo, è invocabile dalla banca, la norma prevista dall'art. 56 l. fall.<sup>158</sup>.

Per altro verso, la compensazione ex art. 1853 c.c. non opera a fronte di un saldo passivo del cliente e quello attivo di un c/c "transitorio" sul quale la banca abbia autonomamente depositato la somma ricavata dalla vendita di azioni del cliente<sup>159</sup>.

Sotto altro profilo, non è stata ritenuta ammissibile la compensazione tra un credito vantato dalla banca e le somme depositate su un libretto di deposito costituito in pegno (irregolare) a suo favore, allorché, per le modalità della sua costituzione la garanzia sia soggetta ad azione revocatoria fallimentare, in quanto quest'ultima non riguarda l'atto di realizzazione della garanzia medesima, ma quello della sua costituzione<sup>160</sup>.

#### e) crediti restitutori ex artt. 64 e 65 l.fall.

Con riferimento ai crediti restitutori sorti per effetto della norma che dichiara inefficaci rispetto ai creditori gli atti a titolo gratuito e i pagamenti anticipati compiuti dal fallito nel periodo sospetto, si è ritenuta contestabile la compensabilità di crediti preesistenti reciproci con crediti sorti per effetto degli artt. 64 e 65 l.fall.

---

<sup>158</sup> Nel senso sopra richiamato, Cass. 23 maggio 1986, n. 3447 in *Fallimento*; BONACINA, 588.

<sup>159</sup> Trib. Trani, 27 giugno 2000, in *Fallimento*, 2001, 108.

<sup>160</sup> Trib. Genova 8 luglio 1996, in *Fallimento*, 1997, 313.

Queste disposizioni mirano infatti a produrre un risultato restitutorio. Pertanto, se il revocato, creditore del fallito, potesse rifiutare la restituzione di quanto inefficacemente ricevuto, avvalendosi della compensazione di questo debito con un suo credito concorsuale, la norma che colpisce il pagamento anticipato o il trasferimento a titolo gratuito, sarebbe elusa.

In caso di pagamento anticipato, se l'*accipiens* revocato potesse opporre il suo credito (ormai concorsuale) al debito restitutorio, la revoca sarebbe sempre inutile.

Per altro verso, se il fallito compie un atto a titolo gratuito nei confronti del suo creditore, e se il debito restitutorio si compensasse con il credito concorsuale mai estinto, l'atto a titolo gratuito, pur revocato, continuerebbe ad avvantaggiare il terzo.

#### f) rapporti societari

Si è assistito ad un contrasto sulla compensabilità o meno - in sede fallimentare - del credito avente ad oggetto la liquidazione della quota del socio di una società, fallito o comunque escluso dalla compagine sociale dopo la declaratoria del suo fallimento, con i contrapposti pregressi crediti della società nei confronti del fallito medesimo.

In un primo momento la giurisprudenza si era espressa nel senso che il credito di liquidazione della quota del socio fallito avrebbe trovato il suo fondamento nello stesso fatto costitutivo del vincolo sociale e dunque in una situazione anteriore alla dichiarazione di fallimento. Si affermava difatti che il socio con la costituzione del vincolo sociale acquistasse uno *status* comprensivo, tra gli altri, del diritto alla liquidazione della quota, il quale, "se diviene liquido ed esigibile nel momento dell'esclusione del fallito, ove sia tale evento a far cessare il



suo rapporto con la società, trova fondamento e radice causale nella costituzione del vincolo sociale”<sup>161</sup>.

Da lì pertanto, l’anteriorità di detto credito rispetto al fallimento di socio e la coevità dello stesso, a quel momento, con eventuali contrapposti pregressi crediti nella società stessa, nei di lui confronti, agli effetti della reciproca compensabilità, in coerenza alle più recenti interpretazioni dell’art. 56 l. fall.

Tali conclusioni tuttavia sono state messe in discussione da successive pronunce<sup>162</sup> che, con specifico riferimento alla liquidazione della quota del socio di cooperativa escluso dalla società proprio per effetto della declaratoria di fallimento (artt. 2288, 1°co. c.c., 2527, 1°co.-oggi 2533-c.c., 1°co., n.5 c.c.), mutando in senso restrittivo il precedente orientamento giurisprudenziale, hanno posticipato il momento genetico del diritto del socio alla liquidazione della quota sociale escludendo l’ammissibilità della compensazione, qualora il credito vantato dal fallito derivi dal suo diritto alla liquidazione della quota di una società dalla quale sia stato escluso di diritto per effetto dell’intervenuto fallimento, in quanto il fatto genetico dell’obbligazione risulterebbe ad un momento successivo ad esso<sup>163</sup>.

Il credito del socio trova la sua fonte genetica nella cessazione del rapporto sociale e non già nella sottoscrizione della quota.

Infatti, pur non contestando che il diritto alla liquidazione alla quota sociale abbia tra i suoi presupposti giuridici/”antecedenti logici” il rapporto di società e l’originario conferimento da cui discende la stessa qualità di socio, la Corte asserisce che ciò non equivalga a dire che con il contratto di società nasca in capo a ciascun socio una posizione giuridica soggettiva qualificabile in termini di diritto di credito ed

---

<sup>161</sup> Cfr. Cass. 15779/2004.

<sup>162</sup> Cfr. Cass. 20169/2004.

<sup>163</sup> S.U., 23 ottobre 2006 n. 22659, in *Foro it*, 2007, I, 422, La pronuncia si conforma all’indirizzo secondo il quale il credito del socio trova la sua fonte genetica nella cessazione del rapporto sociale e non già nella stessa sottoscrizione della quota. cfr. BRUNO, *Fallimento del socio, liquidazione del socio, liquidazione della quota e compensazione fallimentare*, in *Corriere giuridico*, 2005, 971.

avente ad oggetto la restituzione del conferimento o, comunque, la percezione dell'equivalente in denaro di una quota proporzionale al patrimonio sociale, in quanto finché il vincolo del socio permane, il credito per la liquidazione della quota è privo del requisito della certezza.

Pertanto, al riguardo, di null'altro il socio potrebbe dirsi titolare che di una mera aspettativa, legata all'eventualità che, al momento dello scioglimento del rapporto sociale, il patrimonio della società abbia consistenza attiva sufficiente a giustificare l'attribuzione *pro quota* al socio stesso di valori proporzionali alla sua partecipazione.

I corollari su cui si puntella la giurisprudenza in tale ipotesi sono a sua volta, da un lato, la ferma adesione al principio secondo cui la compensazione nel fallimento è ammessa quando i fatti genetici delle reciproche obbligazioni siano entrambi risalenti ad un momento anteriore al fallimento, ancorché uno dei crediti possa essere non liquido o non esigibile; dall'altro lato la valutazione della partecipazione sociale come attributiva al socio di un mero "diritto potenziale", di una aspettativa sul patrimonio della società, così sugli utili, come sulla liquidazione della quota.

#### g)Rapporti di agenzia

In ragione di quanto sopra asserito, l'operatività della compensazione ai sensi dell'art. 56 l. fall. è subordinata ai medesimi presupposti della disciplina generale, con l'unica eccezione della compensabilità, nel fallimento, di crediti del terzo anche non scaduti, purché, sulla base di tale disciplina, omogenei e liquidi, o al più di pronta liquidazione: in virtù del richiamo alla disciplina generale, deve escludersi l'applicabilità dell'art. 56 l. fall. in tutti i casi in cui la compensazione non si verifica, secondo

quanto disposto dall'art.1246 c.c.<sup>164</sup>, a partire da quello di rinuncia preventiva a far valere la medesima compensazione.

Per un'ipotesi di applicabilità dell'art. 1246 c.c. in seno a alla procedura fallimentare, in un primo momento la giurisprudenza<sup>165</sup> ha escluso la compensazione del credito vantato da un agente assicurativo nei confronti di un'impresa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa col debito verso quest'ultima, in quanto esclusa dagli artt. 23 e 24 dell'accordo nazionale di categoria.

In particolare, l'art. 23, comma VIII, dell'Accordo Nazionale di categoria del 23 dicembre 2003 esclude espressamente la compensazione da parte degli agenti disponendo che "l'agente o i suoi eredi non possono invocare la compensazione dei saldi di spettanza dell'impresa con loro crediti nei confronti di quest'ultima o con la cauzione".

La Corte Suprema, affrontando la questione, in un primo tempo si è orientata in tal senso, invocando il principio della libera determinazione delle parti e conseguentemente riconoscendo l'efficacia, anche nei confronti del fallimento, della rinuncia alla compensazione preventivamente concordata all'art. 23 accordo ANA.

In un secondo momento la Suprema Corte<sup>166</sup> ha modificato la propria interpretazione, assumendo l'inopponibilità al fallimento della rinuncia in esame in quanto contenuta in un contratto cui la parti non sono più vincolate in quanto ormai sciolto di diritto per effetto della sottoposizione della società mandante a liquidazione coatta amministrativa, sottolineando in particolare che, all'esito dello scioglimento, l'efficacia dell'intero contenuto del contratto, e dunque

---

<sup>164</sup> Trib. Napoli, 13.07.1981, Fa, 1982, 1476.

<sup>165</sup> Cass. 3 dicembre 2003, n. 18428, in *Giur. it.* 2004, 1199.; n. 894/2004.

<sup>166</sup> Cass. 14 maggio 2007, 11030.

anche della rinuncia di cui al citato art. 23, dovrebbe ritenersi ormai venuta definitivamente meno<sup>167</sup>

---

<sup>167</sup> Parte della dottrina ha obiettato che, indipendentemente da ogni considerazione in ordine ai rapporti intercorrenti tra l'accordo ANA e i singoli contratti di agenzia, è chiaro che pattuizioni analoghe, dirette cioè a disciplinare gli effetti dello scioglimento del contratto, come ad esempio quelle che le varie indennità e provvigioni da corrispondersi all'agente, ben potrebbero essere, ed anzi normalmente sono, contenute nello stesso contratto di agenzia del cui scioglimento si tratta: e mai l'operatività di tali clausole è stata messa in dubbio dalla giurisprudenza sul rilievo che esse si riferiscono ad un contratto non più in essere.

Anzi, a scorrere la giurisprudenza, e fatte salve le ipotesi in cui talune indennità siano eventualmente riconducibili limitatamente a specifiche modalità di scioglimento (ad esempio nel solo caso di recesso volontario dell'Impresa), è indubbio che la liquidazione concreta di tali indennità costituisca la gran parte delle cause di opposizione al passivo degli ex Agenti, con ciò confermando che tali indennità spettino all'ex Agente ancorchè in virtù di un contratto non più efficace.

Diversamente argomentando, ovvero sostenendo che, in ogni caso, una clausola contrattuale non può disporre delle conseguenze successive allo scioglimento del contratto nel quale essa risulta contenuta, si dovrebbe dunque mettere parimenti in dubbio l'efficacia delle clausole relative alle indennità e provvigioni. Ma ciò come detto, non è stato sostenuto da alcuno.

Vero è che in entrambi i casi lo scioglimento del contratto costituisce proprio il presupposto per il sorgere di reciproci obblighi in capo alle parti, obblighi che le parti possono ben individuare preventivamente nell'ambito del medesimo contratto: orbene, se da un lato non è dato rinvenire nessuna norma del nostro ordinamento in base alla quale i contraenti, al fine di disciplinare anticipatamente le conseguenze giuridiche derivanti dallo scioglimento di un contratto e di fissarne conseguentemente obblighi e diritti in capo ai contraenti (ex contraenti), siano tenuti a stipulare un contratto diverso, e non anche possano inserire le medesime pattuizioni come clausole di un unico contratto, dall'altro, il principio dell'autonomia negoziale delle parti garantisce la piena legittimità ed efficacia di tali pattuizioni. FERRI.

## Capitolo III

### Aspetti procedurali

#### § 1 Legittimazione attiva e tempi per opporre la compensazione

L'art. 56 l. fall. non affronta le modalità né la tempistica in cui il creditore *in bonis*, che sia al contempo debitore del fallito, possa far valere la compensazione nei confronti del curatore.

La norma prevede che si possa eccepire la compensazione anche dopo la dichiarazione di fallimento, mentre non fa cenno di eventuale termine ultimo per proporre la stessa.

Si è rilevato che i crediti per cui ci si avvale della compensazione non partecipano al concorso<sup>168</sup>.

Da ciò deriverebbe, secondo alcuni, che si potrebbe eccepire la compensazione fino al passaggio in giudicato del provvedimento che accerta lo stato passivo, a seguito del quale il credito diviene non esigibile e non compensabile, perché concorre nuovamente con quello degli altri concreditori<sup>169</sup>.

A ciò si aggiunga anche l'opinione di chi ritiene<sup>170</sup> che dal momento che il legislatore non ha posto limiti temporali all'esercizio di compensare nei confronti della massa, il creditore possa sempre validamente e giuridicamente opporla sino al momento in cui non abbia effettivamente riscosso la parte di dividendo a lui spettante in sede di riparto dell'attivo<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> PERLINGERI P., *Dei modi*, cit. 319.

<sup>169</sup> PROVINCIALI R., *Manuale*, cit., 858.

<sup>170</sup> GIULIANO E., *La compensazione*, cit., 171. Tale opinione sarebbe sorretta dall'originale idea che il credito insinuato ufficialmente nel passivo è un credito nuovo, novato nel titolo dal giudicato sullo stato passivo, ma coesistente con il debito verso il fallito. BALSAMO G., *il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IPSOA, 1982, 1476.

<sup>171</sup> BALSAMO G., *il fallimento e le altre procedure concorsuali*, IPSOA, 1982, 1476.

E' infatti senz'altro da escludere che possa essere dichiarata la compensazione in sede di ripartizione dell'attivo fallimentare, dal momento che in tale fase il controllo del giudice è limitato all'esecuzione delle decisioni già assunte in sede di formazione dello stato passivo, della graduazione dei crediti, e dell'ammontare delle somme da distribuire.

Sotto altro profilo, la dottrina osserva che lo schema operativo della fattispecie compensativa in sede fallimentare non potrebbe prescindere da una valutazione anche dei comportamenti posti in essere dalla curatela, nel senso che se quest'ultima richiede giudiziarmente il pagamento del credito al soggetto che è al contempo debitore – creditore del fallimento, e costui nulla oppone, può presumersi una rinuncia da parte di questi ad avvalersi dell'evento estintivo – compensativo, e quindi una separata istanza di ammissione al passivo per l'intero credito si potrebbe legittimamente interpretare come atto di rinuncia.

Viceversa, ove sia l'istanza di insinuazione a precedere la richiesta di pagamento della curatela, essa non può precludere l'eccezione di compensazione.

A fronte dell'azione del curatore che miri coattivamente alla realizzazione del credito del fallito, la difesa del creditore – debitore può concretizzarsi in due distinte direttive:

- a) sollevare l'eccezione di compensazione per paralizzare l'altrui azione fatta valere in giudizio;
- b) far valere l'eccezione in via riconvenzionale, nel qual caso si allargherebbe il *thema decidendi* della controversia, in quanto il convenuto chiede il rigetto della domanda attrice, con il riconoscimento della verificatasi compensazione sino a concorrenza dei due reciproci e opposti debiti – crediti, ma anche una pronuncia a suo favore, ossia il riconoscimento del suo maggior credito con conseguenziale condanna del fallimento al pagamento della somma accertata.

A tal proposito, si sono registrati in passato forti dubbi in ordine alla procedibilità innanzi al giudice ordinario, tanto di una domanda riconvenzionale per il residuo del credito vantato verso il fallito, quanto di una domanda di accertamento del credito stesso, atteso il carattere di esclusività del procedimento di verifica previsto dall'art. 52, co. 2° della l. fall.

Invero, per una puntuale analisi, occorrerebbe distinguere le fattispecie in cui i debiti - crediti reciproci siano già scaduti alla data della dichiarazione di fallimento, dall'ipotesi in cui siano scaduti in epoca successiva.

*Nulla quaestio* nel primo caso, visto che l'effetto estintivo si sarà già verificato *ipso iure* e i debiti - crediti reciproci non fanno parte dell'attivo o del passivo fallimentare

Diversamente, se i crediti - debiti, pur precedenti alla sentenza di fallimento, non erano a quella data ancora scaduti, laddove vi sia una richiesta di pagamento del curatore, per essere correttamente eccepiti i debiti - crediti in compensazione, dovranno essere filtrati attraverso la relativa domanda di ammissione al passivo e il relativo provvedimento del giudice delegato.

Per ciò che concerne la problematica della legittimazione a proporre l'eccezione di compensazione in sede fallimentare, l'art. 56 l. fall. sembra non lasci spazio ad alcuna diversa interpretazione: sono i creditori del fallito che, in via esclusiva, hanno diritto di compensare coi loro debiti verso lo stesso i crediti che essi vantano, ancorché non scaduti.

La dottrina, oltre a basarsi sul testo della legge, fa rilevare che il curatore del fallimento non avrebbe alcun interesse ad eccepire la compensazione, andando questa a diminuire l'attivo su cui si soddisferà la massa dei creditori fallimentari<sup>172</sup>.

---

<sup>172</sup> Un'interpretazione di questo tenore lascia aperto il problema del caso in cui il creditore in bonis sia ancora più insolvente dello stesso fallito. PERLINGERI P., *Dei modi*, 323.

In particolare, la norma in questione non indica espressamente se il creditore sia legittimato a dedurre la compensazione con la domanda di ammissione al passivo, ovvero abbia l'onere di insinuare il credito al passivo, per permetterne l'accertamento nelle forme e nei modi previsti dagli artt. 93 e ss. l. fall.<sup>173</sup>

Pertanto, è opportuno soffermarsi sulla problematica che si articola circa il potere sostanziale del creditore - debitore del fallito di eccepire la compensazione in sede fallimentare e più particolarmente:

a) se possa tenersi conto, attraverso l'eccezione di compensazione, di un credito di cui non sia stata chiesta l'ammissione al passivo;

b) se ammesso al passivo un credito e approvato lo stato passivo senza che sia stata fatta valere la compensazione, questa resti successivamente preclusa;

c) se il decreto negativo emesso dal giudice delegato in ordine alla domanda di ammissione al passivo di un credito, precluda che questo successivamente sia fatto valere in via compensativa.

Va subito segnalata l'alternanza di indirizzi da parte della dottrina che in passato ha affrontato la problematica, sostenendo da un lato che la compensazione debba sempre essere fatta valere nella forma dell'accertamento dei crediti<sup>174</sup>; altri hanno ritenuto che con la compensazione si opponga un' eccezione per effetto della quale il creditore intende sottrarsi al concorso e perciò egli non sarebbe tenuto

---

<sup>173</sup> INZITARI B., *Effetti del fallimento per i creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di F.BRICOLA, F. GALGANO, G.SANTINI, ROMA-BOLOGNA, 1988, 56.

<sup>174</sup> PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, II, 953 e ss.; DI LAURO, *La compensazione dei crediti nell'ambito del fallimento*, in *Dir. Fall.*, 1973, II, 296.

Secondo l'indirizzo sopra riportato, il creditore *in bonis*, che assuma di essere a propria volta debitore del fallito di somme di danaro inferiori all'ammontare del proprio credito, potrà dedurre la relativa questione in sede di verifica del passivo fallimentare, nonché chiedere al giudice delegato di pronunciarsi ammettendolo al passivo per la somma conseguente al saldo tra le rispettive posizioni di debito – credito.

Sempre in sede di accertamento dello stato passivo dovrà necessariamente approdare anche la dichiarazione stragiudiziale con la quale il debitore/creditore *in bonis* manifesti la volontà di far valere la compensazione nei confronti del curatore.

L'eventuale adesione del curatore, sia pure autorizzata dal comitato dei creditori ai sensi dell'art. 35 l. fall., comporterebbe il definitivo accertamento della sussistenza del credito vantato, ai fini della sua estinzione per compensazione col controcredito, in palese violazione della regola del concorso formale di cui all'art. 52.



all'insinuazione<sup>175</sup>; è stato sostenuto altresì che il creditore *in bonis* può anche partecipare all'ammissione allo stato passivo, ma deve "menzionare" in tale sede il suo debito per conservare il diritto di eccepire la compensazione<sup>176</sup>.

In giurisprudenza era consolidato il principio secondo cui non è consentito al giudice in sede ordinaria pronunciarsi sull'eccezione di compensazione di un credito nei confronti del fallito, senza che il credito stesso sia ammesso al passivo<sup>177</sup>.

E in alcune pronunce si è ritenuto che abbia rinunciato all'eccezione di compensazione il creditore che insinui integralmente al passivo il proprio credito senza dichiarare di volerlo compensare in tutto o in parte, con il debito verso il fallito<sup>178</sup>.

L'enunciazione di tale principio si fonda sul convincimento che il creditore-debitore abbia tacitamente e preventivamente rinunciato all'esercizio del diritto di compensare, in quanto l'art. 56 l. fall. non deroga al principio generale, per il quale sarebbe richiesta l'espressa manifestazione di volontà del soggetto di avvalersi della compensazione quale mezzo estintivo di obbligazione e la stessa pertanto deve essere esternata nella domanda di ammissione al passivo.

Di contrario avviso altra parte della dottrina secondo cui la semplice proposizione della domanda di ammissione al passivo non esclude il diritto alla compensazione, dal momento che la domanda di ammissione al passivo ed il conseguente riconoscimento della pretesa creditoria da

---

<sup>175</sup> RAGUSA MAGGIORE, *Diritto fallimentare*, Napoli, 1974, I, 301. Si ritiene che la compensazione possa essere eccepita dal debitore/creditore anche senza previa insinuazione al passivo del proprio credito fin tanto che si tratti di mera eccezione riconvenzionale, cioè fin tanto che si rimanga nei limiti del valore del credito fatto valere dal curatore. Ciò non toglie però che il giudice competente debba affrontare anche il problema della opponibilità del credito al curatore fallimentare.

Qualora invece si tratti di domanda riconvenzionale, si chiedi cioè l'accertamento di un credito di valore superiore con pretesa di pagamento per la differenza, occorrerà l'insinuazione al passivo, in quanto la pretesa per la differenza potrà trovare soddisfazione soltanto attraverso la partecipazione al concorso in senso formale.

<sup>176</sup> SCHLESINGER P., cit., 728.

<sup>177</sup> Cass. 13 maggio 1971, n. 1385.

<sup>178</sup> Cass. 27 maggio 1963, n. 1381. In dottrina, MICHELI, *Compensazione legale e pignoramento*, in *Studi in onore di E.Redenti*, Milano, 1951, II, 58.

parte del giudice delegato al fallimento costituiscono adempimenti necessari per la partecipazione al concorso, mentre con la compensazione si intende restare al di fuori della procedura concorsuale.

Per ciò che concerne il tema relativo alla legittimazione del creditore ad eccepire la compensazione in sede di verifica del passivo, la giurisprudenza ormai consolidata ha affermato che il creditore il quale assuma essere a sua volta debitore verso il fallito per somma di denaro inferiore al proprio credito - sì che ne è determinata la parziale estinzione per la compensazione riconosciuta ex art. 56 l. fall. - è legittimato a dedurre la relativa questione in sede di verifica dello stato passivo fallimentare, nonché a chiedere al giudice delegato di pronunciare sulla stessa e, per l'effetto, di ammetterlo al passivo per la somma conseguente al conguaglio tra le rispettive posizioni di credito-debito<sup>179</sup>.

E' stato inoltre costantemente affermato<sup>180</sup> che l'accertamento dei crediti vantati nei confronti della massa deve avere luogo, al pari di quello dei crediti concorsuali, con il rito previsto dagli artt. 93 e ss. della legge fall., non assumendo alcun rilievo l'eventualità che il credito sia stato opposto in compensazione in un giudizio ordinario promosso dal fallimento per la riscossione di un credito del fallito, in quanto la compensazione, oltre a presupporre l'accertamento del credito, può essere riconosciuta soltanto in sede fallimentare; pertanto, ove per l'accertamento di detto credito sia in corso un giudizio di insinuazione tardiva o di opposizione dello stato passivo, il giudizio ordinario deve essere sospeso o riunito a quello pendente dinanzi al tribunale fallimentare.

E d'altra parte le SS. UU. prima nel 1979 e poi nel 2004, resolvendo il pregresso citato dubbio interpretativo, hanno individuato nel giudice

---

<sup>179</sup> Cass. 21 ottobre 1998, n. 10408, in *Fallimento*, 1999,873, con nota di Bozza, *Proponibilità della compensazione in sede di accertamento del passivo*.

<sup>180</sup> Cass. 27 marzo 2008, n. 7967, in *Rep. Foro it.*, 2008, n. 7967.

della verifica dello stato passivo quello competente a decidere entrambe le domande.

Pertanto, la domanda del creditore del fallimento deve essere dichiarata inammissibile o improcedibile nel giudizio di cognizione ordinaria, e va eventualmente proposta con domanda di insinuazione al passivo su iniziativa del presunto creditore<sup>181</sup>.

Anche la dottrina si è espressa in tal senso, sottolineando che la proponibilità della compensazione in sede di accertamento del passivo è sempre stata ritenuta la via normale all'esercizio della compensazione<sup>182</sup>.

Tale interpretazione è altresì supportata dalla stessa collocazione sistematica dell'art. 56 l. fall., in quanto sito in una sezione in cui sono disciplinati sia gli effetti sostanziali prodotti dal fallimento sulle situazioni creditorie ivi considerate, sia le modalità ed i limiti entro i quali possono essere ammesse al passivo, sull'implicito, ma chiaro presupposto che ciò può avvenire solo all'esito di un accertamento compiuto in sede di verifica del passivo.

Come in precedenza illustrato, la compensazione opera, infatti a vantaggio del creditore che grazie ad essa, sottrae parte del suo credito alla falciida fallimentare, sicché è incontrovertibile l'interesse della massa ad ottenere l'accertamento dei presupposti della compensazione in detta sede, anche considerando che l'indagine del giudice delegato investe il credito del fallito in quanto strumentale rispetto alla verifica dell'esatto importo del credito da ammettere al concorso.

Al riguardo inoltre è opportuno porre in luce la circostanza che è la struttura stessa del procedimento di verifica del passivo a rivelarsi compatibile con l'esame della compensazione, se si pensa che al giudice delegato sono attribuiti ampi poteri, sconosciuti al giudice del processo ordinario, che gli consentono di escludere un credito o un diritto in forza di una eccezione normalmente riservata alle parti, come la prescrizione

---

<sup>181</sup> S.U. 6 luglio 1979, n. 3878, in *Giur. Comm.*, 1980, II, 346, con nota di Ricci, *Il sonno della ragione e i suoi mostri*; Cass., S.U. 12 novembre 2004, n. 21499, in *Fallimento*, 2005, 121.

<sup>182</sup> BOZZA G., *Proponibilità della compensazione in sede di accertamento del passivo*, cit.

o l'annullabilità, o di rilevare d'ufficio la simulazione o l'eccesso di penalità, o di opporre un controcredito del fallito in compensazione.

E se questa può diventare oggetto di esame del procedimento di verifica quando è sollevata dagli organi fallimentari, allo stesso modo può diventarla se è il creditore che partecipa al concorso ad avere effettuato la compensazione, sicché al giudice residua il potere di escluderla.

Nell'economia delle argomentazioni svolte dalla recentissima sentenza delle SS.UU., risalta la peculiare importanza attribuita alle esigenze di economia processuale, ed alla circostanza che la regola enunciata incide in "termini positivi" sulla durata del processo fallimentare.

Infatti l'ammissibilità dell'eccezione di compensazione in sede di verifica del passivo evita l'instaurazione di parentesi di cognizione esterne rispetto al modulo procedimentale concorsuale, che costituiscono uno dei fattori più significativi delle violazioni normative derivanti dall'eccessiva durata del processo (l. 89/2001).

Diversa è la questione relativa all'onere del creditore di presentare la domanda di ammissione al passivo anche qualora, in virtù di compensazione, l'intero credito sia stato estinto.

La dottrina ha fornito soluzione negativa, in considerazione dell'incompatibilità di una tale domanda con la finalità del procedimento di verifica del passivo<sup>183</sup>.

## § 2 Preclusioni

Nel 2009 è stata adombrata l'esistenza di un contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità sulla questione concernente la possibilità di ritenere che l'accertamento in sede di verifica del passivo comporti << l'esistenza di un giudicato formatosi per effetto della dedotta compensazione>>, il quale impedirebbe la proposizione dell'azione

---

<sup>183</sup> BOZZA, in *op. cit.*

revocatoria avente ad oggetto il titolo dal quale deriva il credito opposto in compensazione<sup>184</sup>.

Investite della questione, le SS.UU., hanno ridimensionato la portata del contrasto, evidenziando una circostanza sulla quale la giurisprudenza manifesta convergenza interpretativa, ossia che l'accertamento giudiziale del credito in sede di verifica del passivo ha forza di giudicato endofallimentare, vale a dire idoneo a determinare effetti preclusivi esclusivamente nell'ambito della procedura fallimentare.

Affermata la proponibilità dell'eccezione di compensazione in sede di verifica del passivo, il Giudice delegato potrà accoglierla o respingerla.

Qualora il giudice delegato accolga l'eccezione di compensazione ed ammetta il credito per la parte corrispondente al conguaglio, la preclusione endofallimentare che si viene a determinare esclude che il curatore possa richiedere il pagamento del credito vantato dal fallito ed oggetto della compensazione<sup>185</sup>.

---

<sup>184</sup> Ord. Cass. 14 luglio 2009, n. 16398. Tale ordinanza esponeva un indirizzo "estensivo" (Cass. 8 luglio 2004, n. 12548 in *Fallimento*, 2005, 407, con nota di *Lamanna* (*Compensazione nella verifica del passivo ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie*) sostanzialmente favorevole ad un'ampia configurazione della preclusione endofallimentare, nel caso in cui il creditore deduca la compensazione ed insinui al passivo il suo residuo credito. Il principio è stato fondato sull'assunto che poiché l'indagine del Giudice delegato investe non soltanto il titolo dal quale deriva il credito compensato ma anche la sua efficacia e validità, ne discende una preclusione endofallimentare che opera anche nei giudizi promossi dal fallimento per impugnare l'esistenza, la validità o l'efficacia del titolo dal quale deriva il credito opposto in compensazione. La domanda del fallimento volta a rimettere in discussione, mediante l'esercizio dell'azione revocatoria, l'efficacia degli atti attraverso i quali il creditore aveva attuato la compensazione sarebbe, quindi inammissibile poiché l'efficacia del titolo è stata indagata implicitamente dal giudice delegato e dunque non può essere messa in discussione in diversa sede giudiziaria.

Un differente indirizzo "restrittivo", avrebbe invece affermato che la definitiva ammissione al passivo del fallimento di un credito residuo rispetto ad altro precedentemente soddisfatto, non preclude la revocabilità dei pagamenti parziali già definiti. E dunque renderebbe ammissibile l'esperimento dell'azione revocatoria con riguardo agli atti estintivi delle maggiori ragioni del creditore. Il provvedimento di ammissione al passivo implicherebbe infatti, un accertamento circa la sussistenza del titolo giustificativo di quel residuo, ma non anche circa l'insussistenza di un credito più consistente, e quindi prescinde da indagini sulla validità e opponibilità alla massa dei pagamenti parziali antecedenti, lasciando impregiudicate le relative questioni. (Cass. 18 maggio 2005, 10429 in *Fallimento*, 2006, 37, con nota di *Finardi*, ).

<sup>185</sup> S.U. 14 luglio 2010, n.16508/10, che esclude quindi la revocabilità della compensazione essendosi verificata una preclusione endofallimentare. Diversa era la fattispecie affrontata dalla Cass. 18 maggio 2005, n. 10429, in ordine a pagamenti effettuati in virtù di un contratto di somministrazione, secondo la quale l'ammissione al passivo del credito

Non vi è unanimità di interpretazione in ordine alle conseguenze di una eventuale pronuncia di rigetto dal parte del giudice in ordine all'ammissibilità dell'intero importo originario ovvero soltanto di quello residuo<sup>186</sup>.

La dottrina ha ritenuto che, una volta accertato che si sia in presenza di una vera e propria vicenda compensatoria, la soluzione dovrebbe essere quella di ammettere il credito ridotto insinuato ove si ritenga che ricorrano i requisiti per la compensazione; ovvero il credito originario in caso il giudice delegato si pronunci nel senso dell'infondatezza dell'eccezione di compensazione, ma ritenga adeguatamente provata la domanda di ammissione<sup>187</sup>.

Infatti, in quest'ultimo caso, la domanda di insinuazione al passivo di un credito parzialmente compensato va interpretata come domanda di ammissione per l'importo originario, anche se l'istanza è circoscritta alla somma risultante dall'applicazione della compensazione.

L'intero ammontare del credito vantato è il presupposto ineludibile dell'applicazione della compensazione.

Pertanto, caduta la fattispecie estintiva della quota parte del credito oggetto della compensazione, il giudice non può che ammettere per l'intero, senza incorrere nel vizio di ultrapetizione.

Questa soluzione prospettata da risalente giurisprudenza,<sup>188</sup> era destinata a risolvere alcuni dei problemi suscitati dalle domande di ammissione al passivo di soggetti con complessi rapporti di debito – credito con il fallito, quali quelli delle banche.

---

residuo, ancorché in via definitiva e senza riserve, non preclude l'esperimento dell'azione revocatoria con riguardo agli atti estintivi delle maggiori ragioni del creditore. L'ammissione implica infatti, un accertamento in ordine alla sussistenza del titolo giustificativo del residuo, non circa l'insussistenza di un credito più consistente, prescindendo da indagini sulla validità ed opponibilità alla massa dei pagamenti parziali antecedenti.

<sup>186</sup> Nel senso dell'ammissibilità dell'importo originario, Cass. 20 marzo 1991, n. 3006, cit.; Cass. 10 marzo 1975, n. 882, in Banca, borsa e tit. credito, 1976, II, 19, con nota di C. Coltro Campi.; per l'ammissibilità del solo importo residuo, Cass. 21 maggio 1979, n. 2910.

<sup>187</sup> BOZZA, op. cit.

<sup>188</sup> Cass. 3006/1991, cit.

Accade spesso infatti che una banca chieda l'ammissione al passivo del residuo di un credito più elevato, dal quale sono state detratte somme portate a compensazione. Il trattamento della compensazione, che desta spesso qualche perplessità, dà luogo a tre possibili situazioni:

a) La compensazione è opponibile al fallimento, perché la rimessa che l'ha cagionata non è attaccabile con azione revocatoria: in tal caso il credito dovrà essere ammesso per il residuo, così come richiesto.

b) La compensazione è, al momento della verifica del passivo, opponibile al fallimento, ma la rimessa che l'ha cagionata è revocabile. Il credito verrà ammesso per il residuo come richiesto, magari con l'accompagnamento di una prudenziale "riserva di revocatoria"; se la revocatoria verrà poi fruttuosamente esperita, la banca si insinuerà in via tardiva ex art. 71 l. fall.;

c) La compensazione non è opponibile al fallimento, perché avvenuta al di fuori dei presupposti di cui all'art. 56 l. fall.<sup>189</sup>

Tornando all'analisi dell'ipotesi di non accoglimento dell'eccezione da parte del giudice delegato, benché ammesso per l'intero, il creditore che si sia visto respingere l'eccezione di compensazione, può proporre opposizione avverso la dichiarazione di esecutività dello stato passivo, giacché la soccombenza integra presupposto per l'opposizione.

Anzi, da quanto sopra esposto consegue che, se non impugnato, il decreto di approvazione dello stato passivo esclude la possibilità di riproporre, all'interno di detta procedura, ogni questione concernente l'esistenza del credito, la sua entità, l'efficacia del titolo da cui deriva, l'esistenza di causa di prelazione<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Naturalmente, se la banca non documenta i presupposti della compensazione (documentando ad esempio la data in cui sono avvenute le rimesse, che se successiva alla dichiarazione di fallimento, le rende acquisibili tout court, alla massa attiva) l'ammissione solo per il residuo è inevitabile, e la banca sopporterà le spese dell'insinuazione tardiva per l'importo che, erroneamente, assumeva compensato. Cfr. LORENZO STANGHELLINI, in *Giur. Comm.*, 1992, pagg. 727 e ss.

<sup>190</sup> Si ricordi al riguardo, conformemente al senso sopra esposto Cass. 21 febbraio 2007, n. 4097, in *Giust. Civ.*, 2007, I, 1875 secondo la quale <<quando il creditore deduce la compensazione ed insinua al passivo il suo residuo credito, l'indagine del giudice delegato investe, non solo il titolo dal quale deriva il credito compensato, ma anche la sua efficacia e

La posizione del creditore deve ritenersi pertanto adeguatamente tutelata, potendo egli proporre, nel caso di rigetto, opposizione allo stato passivo ex art. 98 l. fall., non essendo preclusiva a tale scopo la formulazione di detto articolo che attribuisce la legittimazione ai creditori esclusi ovvero a quelli ammessi con riserva.

La giurisprudenza reputa che la questione della compensazione, se non riproposta con l'opposizione, determini la preclusione della sua proposizione nel giudizio successivamente introdotto dal curatore per il recupero del credito vantato dal fallito nei confronti del creditore ammesso<sup>191</sup>.

Tale interpretazione è stata oggetto di critiche in quanto si rileva che l'efficacia endoconcorsuale dell'accertamento giudiziale in sede di verifica del passivo, contrasti di per sé con l'efficacia esterna, laddove con tale terminologia ci si riferisca alle liti instaurate dal curatore nei confronti del debitore *in bonis*<sup>192</sup>.

---

validità. Pertanto dall'accertamento della compensazione, implicito nel provvedimento del giudice delegato che, senza altro aggiungere, ammette il creditore al passivo per l'importo del credito residuo, discende una preclusione endofallimentare che, atteso il carattere unitario della procedura e la strumentalità alla liquidazione delle azioni di massa, opera anche nei giudizi promossi dal fallimento per impugnare l'esistenza, la validità, o l'efficacia del titolo dal quale deriva il credito opposto in compensazione.

<sup>191</sup> Cass. 8 luglio 2004, n. 12548, in *Fallimento*, 2005, 407, con nota di Lamanna.

<sup>192</sup> Tale rilievo appare ancor più calzante laddove si ponga attenzione all'ultimo comma dell'art. 96 che riconosce l'efficacia delle decisioni assunte dal Tribunale nei procedimenti disciplinati dall'art. 99 solo "*ai fini del concorso*".



## Bibliografia

- Abate F. , *Articolo 56 l. fall.*, in Codice commentato del fallimento, diretto da Lo Cascio, Ipsoa, Milano, 2008, 480.
- Allara M., *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952.
- Ambrosini S., Cavalli G., Jorio A., *Il Fallimento*, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, Vol. XI, Cedam, Padova, 2007, 365.
- Amendolagine V., *La compensazione legale delle reciproche posizioni debitorie in fattispecie negoziali collegate*.
- Balsamo G., *Considerazioni in tema di compensazione fallimentare, in fallimento e altre procedure concorsuali*, 1982, Ipsoa.
- Bertacchini E., Gualandi L., Pacchi S., Pacchi G., Scarselli G., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè.
- Bettazzi G., *I presupposti di operatività della compensazione fallimentare*, in Fallimento, 2007.
- Bianca C.M., *Diritto civile, IV*, Milano, 1990.
- Biondi B., *voce Compensazione (dir. rom.)*, Noviss. Dig. It., III, Torino, 1959.
- Bonfatti S., *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, in Le procedure concorsuali. *Il fallimento*. Trattato diretto da G. Ragusa Maggiore, C.Costa. Utet, Torino, 1997, II, 182.
- Bongiorno G., *L'autotutela esecutiva*, Giuffrè, Milano, 1984.

- Bonsignori A., *Il fallimento*, Cedam, Padova, 1986, 179.
- Bozza G., *nota a Cass. 21 ottobre 1998, n. 10408*, in *Fallimento*, 1999, 873.
- Bozza G. , *Compensazione dei crediti del fallito non scaduti alla data del fallimento*, in *Fallimento*, 1999.
- Bruno, *Fallimento del socio*, *Corr. Giur.*, 2005, 971.
- Burdese A., Moscati E., *I Modi di estinzione*, in *Trattato delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2008.
- Cecconi Silvia, *Compensazione nel fallimento*, in *fallimento*, 2008.
- Chiovenda G., *Istituzioni di diritto privato civile*, Napoli, 1940.
- Coppola A., in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, I. Giappichelli, Torino, 2006, 343.
- Dalbosco M.C., *Della compensazione giudiziale ovvero di un'apparenza normativa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, 735.
- Dalbosco M.C., *Compensazione legale e giudiziale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, II, 499.
- Dalbosco M.C., *La compensazione per atto unilaterale (c.d. compensazione legale) tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1989, I.
- De Lorenzi V., *voce Compensazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988.
- Didone A., *Osservazioni su compensazione e fallimento*, in *Giust. Civ.*, 1997, I.

- Dimundo A., Quatraro S., *Accertamento del passivo*, in Fallimento e altre procedure concorsuali, diretto da G. Fauceglia, L. Panzani, Utet, Torino, 2009.
- Di Prisco N., *I modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in Obbligazioni e contratti, Trattato di diritto privato diretto da Rescigno, IX.1, Torino, 1999.
- Fabiani M., *nota a Cass. 6 settembre 1996, n. 8132, Porte aperte per la compensazione giudiziale nel fallimento*, in Foro it., 1997, I.
- Fabiani M., *Osservazioni a Cass. Sez. Un., 16 novembre 1999, n.775 e 2 novembre 1999, n. 755*, in Foro it. , 2000, I, 2892.
- Fabiani M., *Osservazioni a Corte Cost., 20 ottobre 2000, n. 431*, in Foro it., 2000, I, 3387.
- Fabiani M., *Osservazioni a Cass. Sez. Un., 12 novembre 2004, n. 21499*, in Foro it., 2005, I, 66.
- Fabiani M., *Osservazioni a Cass. 7 febbraio 2006, 2602*, in Foro it., 2006, I, 3434.
- Fabiani M., *Osservazioni a Trib. Di Firenze, 5 dicembre 2007*, in Foro it., 2008, I, 633.
- Fauceglia G., *Fallimento ed altre procedure concorsuali*, diretto da Panzani, tomo I, Utet, Torino, 2009.
- Ferrara, *Il Fallimento*, Giuffrè, Milano, 1995.
- Finardi D., *nota a Trib. Vicenza, 8 luglio 2008*, in Fallimento, 2009, 732.
- Forchielli P., *Compensazione giudiziale e omogeneità dei crediti*, in Giur. it., 1951, I.

- Foschini M., *La compensazione nel fallimento*, Morano, Napoli, 1965.
- Foschini M., *La compensazione e i rapporti bancari in conto corrente*, in Banca, Borsa e tit. di credito, 1964.
- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2006.
- Giacalone G., *Compensazione ex art. 56 e tutela della par condicio creditorum, in il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1997, 2.
- Giuliano E., *La compensazione con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Milano, 1955.
- Greco P., *Se nel conto corrente di corrispondenza la convenzione di assegno bancario sia incompatibile con la compensazione fra il saldo del conto e controcrediti della banca*, in Banca, Borsa e tit. cred., 1957.
- Guerinoni E., *La compensazione in obbligazioni, I, Le obbligazioni in generale* a cura di Franzoni M., Utet, Torino, 2004.
- Guglielmucci L., *Diritto fallimentare*, Giappichelli, Torino, 2008, 194.
- Gullotta F., *Mandato all'incasso e revocatoria fallimentare*, in Banca, borsa e titoli di credito, 1984, II.
- Inzitari B., *Effetti del fallimento per i creditori*, in Commentario Scialoja – Branca, Bologna – Roma, 1988.
- Jorio A., *Le crisi di impresa. Il fallimento*, Giuffrè, Milano, 2000.

- Lamanna F., *Compensazione nella verifica del passivo ed effetti preclusivi delle azioni revocatorie*, in Fallimento, 2005.
- Lamanna F., *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo*, Ipsoa, Milano, 2006.
- Limitone G., *La revocatoria fallimentare nella concorsualità sistematizzata, nota a Cass. 5 luglio 2000, n. 8978*, in Fallimento, 2001, 753.
- Lo Cascio G., *Codice commentato al fallimento*, Ipsoa, Milano, 2008.
- Lo Cascio G., *Ancora sulla compensazione fallimentare*, in Fallimento, 1999.
- Lo Fiego C., *Ancora sulla convenzione d'assegno e sulla compensazione ex art. 1853 c.c.*
- Maffei Alberti A., *Commentario breve della legge fallimentare*, Cedam, Padova, 2009.
- Maienza M., *Nuove prospettive della revocatoria fallimentare di rimesse bancarie originate da bonifici e giroconti*, in Fallimento, 2009.
- Mazzocca D., *Manuale di diritto fallimentare*, Jovene, Napoli, 1996.
- Merlin E., *Compensazione e processo, I*, Milano, 1996.
- Micheli G.A., *Compensazione legale e pignoramento*, in studi in onore di E. Redenti, Milano, 1951.
- Nappi F., *Contributo alla teoria della compensazione: per una rivisitazione*, Torino.

- Natoli U., *In tema di compensazione legale secondo il nuovo codice civile*, in Foro it., 1948.
- Pajardi P., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1986.
- Pajardi P., *Codice del fallimento*, a cura di M. Bocchiola, Paluchowski, Giuffrè, Milano, 2008.
- Panzani L., *Regresso del fideiussore nei confronti del fallito e fideiussore*, in Fallimento, 1998.
- Panzani L., *Compensazione e fallimento: esigibilità e liquidità del credito e obbligazioni restitutorie in caso di scioglimento di contratto pendente*, in Fallimento, 2000, 524.
- Patti A., *nota a Cass., 10 luglio 2003, n. 10861*, in il Fallimento.
- Pellegrini F., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in Commentario del Codice civile a cura di M. D'Amelio ed E. Finzi, Firenze, 1948.
- Pellizzi G.L., *Compensazione, mandato e conto corrente bancario*, in Riv. Dir. civ., 1957.
- Perlingeri P., *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento*, in Commentario Scialoja – Branca, Zanichelli – il Foro it., Bologna – Roma, 1988.
- Perlingeri P., *Fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni*, Napoli, 1972.
- Perrino M.A., *la compensazione in sede di fallimento*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, diretto da Sandulli M., Santoro V., tomo I, Giappichelli, Torino, 2010.
- Provinciali R., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 1970.

- Rago G., *La compensazione e le procedure concorsuali*, in dir. Fall., 2004.
- Ragusa Maggiore G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1994.
- Ragusa Maggiore, voce *Compensazione*, in Enc. dir., VIII, Milano, 1961.
- Rescigno P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000.
- Rescigno P., *In tema di compensazione nel conto corrente bancario*, in Banca, borsa e tit. di credito, 1973, II.
- Ricci G., *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Giuffrè, Milano, 1979.
- Ricci E., *Il sogno della ragione e i suoi mostri*, in Giur. com., 1980, II.
- Romano Salv., *Appunti in tema di compensazione legale e giudiziale*, in Circ. giur., 1949.
- Sacchi A., voce *Compensazione*, in Dig. It., VIII.3, Torino-Sandulli M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2009.
- Salvato L., *Intangibilità dell'accertamento della compensazione effettuato in sede di verifica del passivo*, in Fallimento, 2010, 1384.
- Salvato L., *Il diritto alla ragionevole durata del processo di fallimento ed i destinatari dell'istanza di celerità*.
- Satta S., *Diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 1994.

- Schiavon G., *La compensazione ex art. 56 legge fallimentare del credito del fideiussore escusso dopo il fallimento*, in *Fallimento*, 1987.
- Schlesinger P., *voce Compensazione*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959, III.
- Stanghellini L., *nota a Cass. 30 marzo 1991, n. 3006*, in *Giur. comm.*, 1992, Giuffrè.
- Terenghi G.U., *l'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare a cura di Didone*, Utet, Torino, 2009.
- Terenghi M., *Pagamento del fideiussore e operatività della compensazione*, in *fallimento e le altre procedure concorsuali*, 1998.
- Terranova G., *Compensazione tra i conti correnti bancari e principio di buona fede*, in *riv. Dir. com.*, 1988.
- Terzini G., *Osservazioni a Cass. 19 gennaio 2006, n. 1060*, in *banca, borsa, tit. cred.*, n.5, 2007.
- Vaccaro Belluscio A.C., *nota a Cass. 22 maggio 2003, n. 8042*, in *Corriere giuridico*, 2003.
- Vigo R., *Compensazione del credito pignorato e compensazione nel corso del fallimento*, Giuffrè, Milano, 1994.
- Viscusi A., *nota a Trib. Mondovì, 12 gennaio 2005*, in *Giur. it.* 2006, 771.
- Zanichelli V., in *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2008.
- Zuddas G., *voce Compensazione*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. VII, Roma, 1988.